



HAL
open science

La francophonie canadienne divisée autour des droits linguistiques prévus dans la constitution : entre interprétation symétrique et interprétation asymétrique, entre intention législative comme stratégie judiciaire et contraintes juridiques

Éric Poirier

► **To cite this version:**

Éric Poirier. La francophonie canadienne divisée autour des droits linguistiques prévus dans la constitution : entre interprétation symétrique et interprétation asymétrique, entre intention législative comme stratégie judiciaire et contraintes juridiques. Droit. Université de Bordeaux; Université de Sherbrooke (Québec, Canada), 2021. Français. NNT : 2021BORD0023 . tel-04110860

HAL Id: tel-04110860

<https://theses.hal.science/tel-04110860>

Submitted on 31 May 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE
DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE
DROIT PUBLIC

Par **Éric POIRIER**

**LA FRANCOPHONIE CANADIENNE DIVISÉE AUTOUR DES
DROITS LINGUISTIQUES PRÉVUS DANS LA
CONSTITUTION**

**Entre interprétation symétrique et interprétation asymétrique, entre intention
législative comme stratégie judiciaire et contraintes juridiques**

Sous la direction de : Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN
co-directeur : Guillaume ROUSSEAU

Soutenue le 5 février 2021

Membres du jury :

M. TAILLON, Patrick Professeur titulaire Université Laval Président
M. CHEVRIER, Marc Professeur Université du Québec à Montréal rapporteur
M. PELLETIER, Benoît Professeur titulaire Université d'Ottawa rapporteur
M. TROPER, Michel Professeur émérite Université Paris Nanterre Examineur
M. WOEHRLING, José Professeur émérite Université de Montréal Examineur
M. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand Professeur des Universités Université de Bordeaux
M. ROUSSEAU, Guillaume Professeur agrégé Université de Sherbrooke

Titre : LA FRANCOPHONIE CANADIENNE DIVISÉE AUTOUR DES DROITS LINGUISTIQUES PRÉVUS DANS LA CONSTITUTION

Résumé :

Le gouvernement du Québec et les associations de défense des droits des communautés francophones du Canada se présentent périodiquement divisés devant la Cour suprême du pays lorsque l'interprétation des droits linguistiques prévus dans la Constitution canadienne est en cause. Considérant la situation dans laquelle se trouve la langue française au Canada, ces acteurs, les principaux acteurs de la francophonie canadienne, ne devraient-ils pas trouver une voie leur permettant de défendre conjointement les intérêts linguistiques et culturels qu'ils ont en commun? Tous les observateurs le souhaitent.

Mais les difficultés sont réelles. D'une part, ce qui permettrait la réconciliation des principaux acteurs de la francophonie canadienne devant la Cour suprême du Canada, soit une interprétation asymétrique des droits linguistiques constitutionnels, n'émerge pas. La présente thèse l'illustre grâce à une étude de la jurisprudence pertinente. D'autre part, les juges semblent avoir institutionnellement intérêt à retenir une interprétation symétrique de ces droits linguistiques, ce qui alimente la division. C'est du moins ce qu'indique une analyse de la jurisprudence pertinente faite à la lumière de la théorie réaliste de l'interprétation du philosophe du droit Michel Troper.

Faisant un pas de plus, la présente thèse explore la possibilité pour le gouvernement du Québec et les associations de défense des droits des communautés francophones du Canada de contribuer à faire émerger une interprétation asymétrique en rendant celle-ci institutionnellement avantageuse pour les juges, qui sont des acteurs stratégiques. La théorie des contraintes juridiques développée notamment par Véronique Champeil-Desplats et Michel Troper, des collègues juristes de l'école de Nanterre, à Paris, permet d'imaginer des actions – que peuvent poser les acteurs de la francophonie canadienne – susceptibles de

contraindre les juges à favoriser l'interprétation asymétrique des droits linguistiques constitutionnels

Mots clés : Droit constitutionnel, Droit linguistique, Interprétation

**Title : LA FRANCOPHONIE CANADIENNE DIVISÉE
AUTOUR DES DROITS LINGUISTIQUES PRÉVUS DANS LA
CONSTITUTION**

Abstract :

When the interpretation of language rights under the Canadian Constitution has been argued before the Supreme Court of Canada, the Government of Quebec and associations defending francophone rights across Canada have on occasion found themselves defending divergent positions. In view of the current position of the French language in Canada, the principal proponents of francophone rights have expressed the view that it is becoming increasingly imperative to forge joint strategies to defend their common linguistic and cultural interests.

Although virtually all observers share this view, there remain obstacles on the road to this objective. One of the key milestones in the path towards a convergence of positions of the principal players defending francophone rights – i.e. an asymmetric position – is still not emerging from judicial rulings, as evidenced by an examination of the relevant case law in this thesis. The fact that Supreme Court Justices appear to favour a symmetric interpretation of these rights exacerbates the difficulty in resolving this conundrum. Our analysis of the relevant case law relies upon the principles adhered to by the realist school of interpretation of legal philosophy, exemplified in the teachings of Michel Troper.

This thesis then explores manners in which the Quebec government and the aforementioned associations might join their forces to influence the emergence of an asymmetric interpretation,

by making such an approach institutionally advantageous for the Justices, who are the prime movers in the formulation of any such approach. Eminent jurists such as Véronique Champeil-Desplats and Michel Troper, who are carrying out works on the theory of judicial constructions at Université Paris Nanterre, have been exploring just such a range of strategic actions that defenders of francophone rights could use in order to make a compelling case to the judiciary that an asymmetric interpretation is a judicially desirable model for the protection of language rights under the Canadian Constitution.

Keywords : Constitutional law, Language rights, Interpretation

Unité de recherche

Centre d'Études et de Recherches Comparatives sur les Constitutions, les Libertés
et l'État (CERCCLÉ)

4, rue du Maréchal JOFFRE CS 61752

33075 BORDEAUX CEDEX

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ.....	II
ABSTRACT	III
TABLE DES MATIÈRES	IV
REMERCIEMENTS.....	VI
INTRODUCTION.....	1
I. UNE OPPOSITION PROGRAMMÉE, ET UN POUVOIR JUDICIAIRE CONTRAINT	72
A) LES FONDEMENTS LÉGISLATIFS ET L'INTERPRÉTATION JUDICIAIRE DE LA POLITIQUE	
LINGUISTIQUE CANADIENNE : RÉCIPROCITÉ ET ÉGALITÉ FORMELLE	72
<i>i) Une nouvelle fédération fondée sur des garanties réciproques (1867)</i>	72
a) La rédaction de l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 : les assises de la politique linguistique canadienne.....	72
b) Les premières interprétations judiciaires des droits linguistiques, et un soubresaut à Québec	88
<i>ii) Un projet pour deux langues officielles formellement égales (1969)</i>	97
a) La rédaction de la Loi sur les langues officielles de 1969 : le cœur de la politique linguistique canadienne.....	98
b) Une stratégie judiciaire et une opposition entre le Québec et les francophones minoritaires	111
B) DES JUGES VOYANT UN AVANTAGE À REPRENDRE À LEUR COMPTE L'INTENTION LÉGISLATIVE SUR LES LANGUES OFFICIELLES AU CANADA.....	140
<i>i) Une protection pour l'institution judiciaire grâce aux théories élaborées pour comprendre la problématique soumise au regard des juges</i>	140
a) La théorie réaliste et la théorie des contraintes juridiques de Michel Troper	141
b) Les cinq événements de l'intention législative sur les langues officielles.....	155
<i>ii) De nouveaux fondements constitutionnels (1982) et un élan judiciaire symétrique</i>	175
a) La rédaction des droits linguistiques de la Charte canadienne des droits et libertés de 1982 : enchâsser le cœur de la politique linguistique.....	176
b) La reprise de la stratégie judiciaire après l'enchâssement de nouveaux droits linguistiques dans la Constitution.	259

II. UNE OPPOSITION RENFORCÉE, MAIS DES CONTRAINTES RECONFIGURABLES

.....	305
A) LES PREMIÈRES TENSIONS : ÉGALITÉ FORMELLE ET ÉGALITÉ RÉELLE.....	305
i) <i>Une nouvelle conception formelle de la politique linguistique canadienne (1988) et la promesse judiciaire d'en dépasser les termes</i>	305
a) La rédaction de la loi nouvelle Loi sur les langues officielles de 1988 : prolonger le cœur de la politique linguistique	305
b) Une prise en compte des contextes provinciaux, mais une opposition dans la francophonie.....	337
ii) <i>La promesse brisée et l'inévitable intention législative sur les langues officielles</i>	347
a) La réaffirmation de l'interprétation symétrique de 1998 à 2000.....	347
b) Les contextes provinciaux dans une approche symétrique et l'opposition dans la francophonie.....	361
B) LES CONFIGURATION ET RECONFIGURATION DES ÉLÉMENTS CONSTITUANTS DES CONTRAINTES JURIDIQUES	402
i) <i>Les prévisibles « intention législative symétrique » (2005) et « interprétation judiciaire conséquente »</i>	402
a) La rédaction de la Loi modifiant la Loi sur les langues officielles de 2005 : un nouveau prolongement de ce qui constitue le cœur de la politique linguistique canadienne	402
b) Les contextes provinciaux, l'approche symétrique et une opposition dans la francophonie.....	431
ii) <i>De nouvelles contraintes pour l'émergence d'une interprétation asymétrique susceptible de réconcilier la francophonie canadienne</i>	476
a) Des voies de rapprochements à construire là où présentement germe la division	476
b) Une application en contexte canadien des modèles construits autour de la théorie des contraintes juridiques	514
CONCLUSION	542
BIBLIOGRAPHIE	557

REMERCIEMENTS

Tout aurait été différent sans l'encadrement offert par deux codirecteurs d'exception. Guillaume Rousseau, professeur de droit à l'Université de Sherbrooke, l'intellectuel engagé par excellence, m'a toujours poussé hors des sentiers battus. Sa confiance a permis tout le reste. Ferdinand Mélin-Soucramanien, professeur de droit à l'Université de Bordeaux et directeur du Centre d'études et de recherches comparatives sur les Constitutions, les libertés et l'État, a constamment questionné mes certitudes. De nos échanges est né un regard neuf sur un vieux problème. Les commentaires qu'ils ont faits sur une version antérieure de la présente thèse et sa structure ont beaucoup nourri le résultat final. Je demeure toutefois seul responsable des erreurs qui auraient pu s'y glisser.

Il y a lieu aussi de souligner le soutien institutionnel dont j'ai pu bénéficier à titre d'étudiant au doctorat. Je n'aurais pas osé m'aventurer dans un tel projet sans l'appui financier du Fonds de recherche du Québec – société et culture. Sans le partenariat né entre l'Université de Sherbrooke et l'Université de Bordeaux, je n'aurais pas su traiter comme je l'ai traitée la problématique des langues officielles au Canada. Le séjour que j'ai conséquemment pu effectuer en France entre 2017 et 2019, avec ses intellectuels et la liberté de penser qui y règne, a profondément marqué mon travail.

Ce long parcours m'a également permis de recueillir les commentaires de nombreux universitaires, dont Marc Chevrier, professeur de science politique à l'UQÀM, Patrick Taillon, professeur de droit à l'Université Laval, Charles Froger, maître de conférences en droit à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, et Jean-Philippe Ferreira, maître de conférences en droit à l'Université Paris II Panthéon-Assas. Le travail du professeur Chevrier mérite une mention spéciale : son rapport de prélecture de thèse de très haut niveau a été une grande source d'inspiration. La version finale de la thèse a également été améliorée en fonction des commentaires formulés par Benoît Pelletier, professeur de droit à l'Université d'Ottawa, Michel Troper, professeur de droit à l'Université Paris Nanterre, et José Woehrling, professeur de droit à l'Université de Montréal. Les débats qui ont animé la soutenance me marqueront à jamais.

Enfin, les remerciements les plus importants vont aux membres de ma famille : Édith, une compagne et une complice, une amoureuse fidèle à elle-même et à nous et, surtout, une

maman exceptionnelle; mes beaux-parents, des grands-parents rêvés pour nos enfants et des modèles à maintes égards; mes parents, qui m'ont tout donné et qui me rappellent avec raison constamment mes propres racines; mon frère, l'homme debout qui gardera le cap tant qu'il le sera. Merci.

Éric

INTRODUCTION

La date de l'audience est fixée. Le 14 juin 1989, les parties doivent présenter leurs arguments devant la Cour suprême du Canada dans une affaire qui oppose un groupe de parents francophones et le gouvernement de l'Alberta. Il y a alors plus de sept ans, soit depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après *Charte canadienne*, qui prévoit un droit constitutionnel à l'instruction dans la langue de la minorité à son article 23), que ces parents d'Edmonton réclament pour leurs enfants des écoles francophones, soumises à un programme d'enseignement en français, et administrées par un conseil scolaire francophone¹.

Jusque-là, plutôt que de répondre, favorablement ou non, à ces demandes, la province s'était contentée de les renvoyer au conseil scolaire duquel les parents relevaient, un conseil scolaire anglais. Celui-ci avait cédé, petit à petit, sur quelques points. Une école d'immersion avait été partiellement transformée en école primaire francophone, offrant l'instruction en français de la maternelle à la 6^e année, les 7^e et 8^e années du primaire demeurant dans le programme d'immersion. Une école secondaire francophone avait bien ouvert ses portes... mais les parents s'étaient vu refuser ce qui paraissait essentiel à la communauté francophone : un conseil scolaire distinct, doté du pouvoir d'administrer les écoles, c'est-à-dire de les gérer et de les contrôler.

La *Charte canadienne* est peu bavarde sur cette question. Le droit à l'instruction dans la langue de la minorité comprend bien, explicitement, le droit de faire instruire les enfants « dans des établissements d'enseignement de la minorité »². Mais tout est à faire. Ce droit à des « établissements d'enseignement de la minorité » compte-t-il le droit à une école séparée, à des locaux dans une école, à un bâtiment scolaire, ou encore le droit à une forme de représentation au sein d'un conseil scolaire déjà existant ou d'administrer des écoles grâce à un conseil scolaire distinct ? La réponse n'est alors écrite nulle part.

En plus des principaux opposants qui alimentent l'affaire depuis plus de sept ans, quelque quinze intervenants supplémentaires s'invitent, un à un, dans le débat qui prend place devant

¹ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

² Dans sa version anglaise : le droit de faire instruire les enfants « *in minority language educational facilities* ».

la Cour suprême : le gouvernement fédéral, cinq autres provinces, dont le Québec, des associations représentant des minorités francophones hors Québec et le groupe de pression anglo-québécois Alliance Québec. Si le litige intéresse tout le Canada, c'est que ce droit à des « établissements d'enseignement de la minorité », écrit dans ces mêmes termes, trouve application partout au pays. La Cour est appelée à entendre une affaire provenant d'Alberta, mais sa conclusion intéresse évidemment toutes les provinces et leurs minorités officielles, qu'elles soient francophones en Alberta ou ailleurs au Canada, ou anglophone au Québec.

Le contexte : en 1982, la *Charte canadienne* enchâsse dans la Constitution le projet porté par la *Loi sur les langues officielles*, une loi fédérale adoptée en 1969 qui déclare l'égalité de l'anglais et du français³. De plus, elle prolonge ce projet par l'ajout d'un droit à l'instruction dans la langue de la minorité, en anglais ou en français, offert simultanément à la communauté anglo-québécoise et aux minorités francophones à l'extérieur du Québec. Ainsi, lorsque du côté des parents francophones albertains et de leurs alliés on réclame le droit constitutionnel à un conseil scolaire distinct doté du pouvoir d'administrer des écoles, au même moment, du côté du gouvernement du Québec, on craint qu'un gain pour les minorités francophones hors Québec, qui limite la compétence exclusive des provinces en matière d'éducation, gruge d'autant la compétence québécoise en la matière, et ce, au profit des institutions anglophones du Québec. Après tout, sur ce point, le Québec reste juridiquement une province comme les autres.

Il est vrai que les Anglo-Québécois administrent et gèrent déjà complètement leurs écoles, et ce, depuis longtemps. Mais qui sait ce que réserve l'avenir ? Le gouvernement du Québec peut vouloir protéger sa pleine marge de manœuvre sur la question, pour que toutes les modalités du droit à l'instruction dans la langue de la minorité continuent d'être débattues à l'avenir à Québec, devant l'Assemblée nationale, et non à Ottawa, devant les neuf juges de la Cour suprême nommés par le pouvoir fédéral. Le gouvernement québécois songe-t-il alors à intervenir devant le plus haut tribunal pour appuyer l'Alberta, qui croit qu'une école de langue française gérée par un conseil scolaire anglophone respecte la *Charte canadienne* ? La rumeur se répand, puis se confirme.

³ *Loi sur les langues officielles*, S.C. 1968-69, c. 54.

Mars 1989. La Fédération des francophones hors Québec, l'organisme qui se veut le premier porte-parole de la francophonie canadienne hors Québec, intervient auprès du gouvernement québécois⁴. Elle rencontre alors une première fois le ministre de l'Éducation, Claude Ryan, pour lui exprimer ses préoccupations. Insatisfait des réponses obtenues, l'organisme relance par écrit, deux mois plus tard, Claude Ryan, mais s'adresse également au premier ministre Robert Bourassa et au ministre de la Justice et ministre délégué aux Affaires intergouvernementales canadiennes, Gil Rémillard. Début juin, l'organisme tente une dernière fois de réorienter le discours du gouvernement québécois, en rencontrant cette fois des fonctionnaires des ministères de la Justice et des Affaires intergouvernementales. Mais c'est peine perdue, ou presque.

Le 1^{er} juin 1989, le quotidien *Le Devoir* révèle la position qu'entend défendre le gouvernement québécois devant la Cour suprême. Il titre : « Les Franco-Albertains n'admettent pas le croc-en-jambe du Québec »⁵. L'article décrit la réaction de l'Association canadienne-française de l'Alberta, une autre intervenante dans l'affaire, qui est présentée comme « furieuse contre le gouvernement du Québec ». Elle « dénon[c]e » vertement la position du Québec et souligne, avec hargne, que celle-ci est indigne d'un gouvernement qui se targue « de défendre et d'être les champions » des droits des francophones hors Québec. Le premier ministre Bourassa est directement interpellé : « Il nous abandonne ». « Veut-il la disparition des Franco-Albertains ? », demande même le président de l'organisme.

Le mémoire que dépose le procureur général du Québec devant la Cour suprême défend clairement la compétence des provinces en matière d'éducation⁶. Le droit à des « établissements d'enseignement de la minorité » prévu dans la *Charte canadienne* ne compterait, ainsi, que le droit à des écoles. « C'est aux provinces qu'il revient de régir l'Éducation et de prescrire ce qui doit être enseigné »⁷, peut-on y lire. Et puisque cette Charte ne mentionne jamais l'existence de protections pour des institutions dotées d'un pouvoir

⁴ L'organisme changera de nom en 1991 pour devenir la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada.

⁵ Jean-Pierre PROULX, « Le droit de gestion scolaire. Les Franco-Albertains n'admettent pas le croc-en-jambe du Québec », *Le Devoir*, jeudi 1^{er} juin 1989, p. 6.

⁶ Les mémoires des parties déposés dans les différentes affaires analysées dans la présente thèse peuvent être retrouvés dans les archives de la Cour suprême du Canada, à Ottawa.

⁷ PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC, *Mémoire*, déposé dans l'affaire *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, Ottawa, Cour suprême du Canada, 9 mai 1989, p. 10.

d'administration, le droit à des « établissements d'enseignement de la minorité » ne comprendrait pas « un droit de contrôle et de gestion de *structures* scolaires ». Seul un simple « droit de regard » y serait rattaché⁸.

Le 7 juin, *Le Devoir* donne cette fois la parole à la Fédération des francophones hors Québec, qui se déclare « très déçue » de la position du gouvernement québécois⁹. Deux jours plus tard, c'est au tour de Paul-André Comeau, rédacteur en chef au *Devoir*, d'ajouter sa voix au concert. « Il ne faut pas voir s'installer un nouveau clivage entre le Québec et les minorités francophones ! Le Québec ne peut pas s'afficher comme foyer de la culture française dans ce pays sans pratiquer envers les francophones de l'extérieur une politique où dominant sympathie et vigilance. » Il poursuit : défendre un simple « droit de regard », c'est « nettement insuffisant, c'est même un peu insultant »¹⁰. Encaissant ces attaques, le gouvernement du Québec refuse toute invitation à y répondre publiquement.

Le 14 juin 1989, c'est le Jour J. La Cour suprême entend les parties. Finalement, la pluie de critiques qui s'est abattue sur le gouvernement québécois dans les jours suivants le dépôt de son mémoire n'aura pas été sans conséquence. Dans sa plaidoirie devant la Cour, le procureur général du Québec prétend que la *Charte canadienne* confère aux minorités francophones « le droit à une participation efficace à la gestion de leurs écoles », et que les provinces « ont une obligation de résultat à cet égard ».

Il ne s'agit pas du « droit de contrôle et de gestion » des écoles, certes, mais cette position constitue quand même un pas de plus que le simple « droit de regard » défendu dans le mémoire. Et ce pas de plus, tous en conviennent. Si bien que Jean-Claude Mahé, l'un des parents francophones qui portent l'affaire devant la Cour suprême, et qui donnera son nom au jugement qui en découlera, déclare au *Devoir* être « heureux » de la position défendue par le procureur général du Québec¹¹.

⁸ *Id.*, p. 9 et 12.

⁹ Jean-Pierre PROULX, « Franco-Albertains. Au tour de la FFHQ de dénoncer Québec », *Le Devoir*, mercredi 7 juin 1989, p. 10.

¹⁰ Paul-André COMEAU, « Le cri des Franco-Albertains. Le Québec doit les appuyer clairement en Cour suprême », *Le Devoir*, vendredi 9 juin 1989, p. 8.

¹¹ Jean-Pierre PROULX, « Franco-Albertains. La position du Québec réjouit les requérants », *Le Devoir*, vendredi 16 juin 1989, p. 2.

C'est toutefois trop peu pour les autres défenseurs de la cause. Par exemple, la Commission nationale des parents francophones se dit « scandalisé[e] » par cette position du Québec, qu'elle qualifie d'« inacceptable, voire malhonnête ». Si le gouvernement québécois est incapable de défendre le droit de gestion et de contrôle pour les minorités francophones, c'est, selon le président de l'organisme, parce que Québec « ne se soucie guère de [leur]s préoccupations ». Puis il condamne le gouvernement québécois : « en aucun cas il peut se prétendre le défenseur du fait français au Canada »¹². La Fédération des francophones hors Québec demeure également tout aussi déçue qu'elle l'était avant l'audience. Puis, c'est l'attente.

La Cour suprême rend sa décision l'année suivante, le 15 mars 1990. Dans l'arrêt *Mahé c. Alberta*, une cour unanime déclare que le droit à des « établissements d'enseignement de la minorité » comprend le droit de contrôle et de gestion des écoles. Elle raisonne ainsi : si le droit à l'instruction dans la langue de la minorité inclut déjà implicitement le droit d'être instruit dans des établissements (car l'instruction est reçue quelque part, nécessairement dans des établissements), le droit explicite à des « établissements » doit comprendre quelque chose de plus que des écoles, des locaux ou des bâtiments ; il comprend donc le droit de contrôle et de gestion. De plus, comme la *Charte canadienne*, dans sa version française, protège le droit à des « établissements d'enseignement de la minorité », et non « pour la minorité », il faut conclure que ce droit comprend « une certaine mesure de gestion et de contrôle ».

Est-ce donc une grande victoire pour la minorité francophone de l'Alberta ? Oui et non, car le droit de faire instruire ses enfants « dans des établissements d'enseignement de la minorité » l'est uniquement, ajoute la *Charte canadienne*, « lorsque le nombre de ces enfants le justifie ». Et le juge Brian Dickson, qui rédige les motifs de la Cour, conclut : « Cela dit, je ne suis pas convaincu, au vu de la preuve produite en l'espèce, que l'on ait établi que le nombre d'élèves qui fréquenteront vraisemblablement les écoles francophones à Edmonton soit suffisant pour justifier la création d'un conseil scolaire francophone indépendant »¹³. La minorité francophone doit se contenter d'une représentation dans le conseil scolaire

¹² *Id.*

¹³ *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, 388 et 389.

anglophone déjà existant. La communauté anglo-québécoise, elle, considère désormais qu'elle détient une protection constitutionnelle pour des commissions scolaires linguistiques.

Avec le droit à l'instruction dans la langue de la minorité, offert simultanément à la communauté anglo-québécoise et aux minorités francophones, a-t-on voulu programmer cette division entre Québec et les minorités francophones ? Avant d'y revenir, il faut s'attarder à ce qui semble être pour l'instant le problème le plus évident.

Un problème évident

Du point de vue juridique, le gouvernement du Québec a d'excellentes raisons de vouloir protéger la compétence exclusive des provinces en matière d'éducation ; il y trouve sa propre compétence en la matière, voire une partie de sa souveraineté¹⁴. De plus, la *Charte canadienne*, et le droit à l'instruction dans la langue de la minorité qui y est prévu, rappelons-le, sont entrés en vigueur malgré l'opposition de l'Assemblée nationale du Québec.

Dans la foulée du rapatriement constitutionnel de 1982, lorsque cette charte est enchâssée dans la Constitution du Canada, le premier ministre René Lévesque dénonce au premier chef la manœuvre voulant imposer une « limitation importante » aux pouvoirs exclusifs du Québec en matière de « langue d'enseignement dans nos écoles ». Il ajoute à cet égard : « Aucun gouvernement québécois qui se respecte ne pourra jamais abandonner la moindre parcelle de ce droit absolument fondamental pour la protection du seul îlot français dans la mer anglophone du continent nord-américain. »¹⁵

Juridiquement, la position du Québec dans l'affaire *Mahé* n'étonne pas, surtout si

¹⁴ « [L]e fédéralisme s'exprime, en droit, par la reconnaissance d'une souveraineté partagée. » La Constitution canadienne prévoit les champs de compétence de l'État fédéral et des États fédérés. « Chaque niveau dispose de sa pyramide de normes autonomes et indépendantes l'une de l'autre. » La Cour suprême du Canada le disait dans ces termes dans l'arrêt *Attorney General for Canada v. Attorney General for Nova-Scotia*, [1951] R.C.S. 31, 34 : « The Parliament of Canada and the Legislatures of the several Provinces are sovereign within their sphere defined by The British North America Act ». Voir Pierre FOUCHER, « La dualité linguistique canadienne devant les tribunaux », dans Valérie LAPOINTE-GAGNON, Rémi LÉGER, Serge DUPUIS et Alex TREMBLAY LAMARCHE (dir.), *La Confédération et la dualité canadienne*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2020, p. 49, p. 71 et 72.

¹⁵ Cité dans *Quebec Association of Protestant School Boards c. Québec (Procureur général)*, [1982] C.S. 673, [1982] n° AZ-82021502, p. 43 (C.S.).

toute augmentation ou interprétation élargie des droits des minorités, dans la mesure où elle s'applique symétriquement d'un bout à l'autre du Canada, donne de nouvelles armes à ceux qui cherchent à contester la loi 101 [*Charte de la langue française* ou CLF, communément appelée « loi 101 » ; on sait d'autre part que seuls les projets de loi sont numérotés] et menace donc la politique linguistique du Québec.¹⁶

Rien de plus normal pour un gouvernement que de vouloir protéger l'intégrité de sa souveraineté. C'est plutôt l'inverse qui serait incompréhensible.

De tous les autres points de vue, cependant, l'intervention du Québec apparaît incongrue. Culturellement et linguistiquement, les intérêts des Québécois et des francophones hors Québec « convergent de façon trop évidente pour qu'il soit nécessaire d'insister »¹⁷. Mais insistons : « Il est indéniable que, sur notre continent, l'unification linguistique et culturelle autour de l'anglais et de la culture de type américain nous invite [nous, “francophones du Canada”] à resserrer nos liens. »¹⁸

Politiquement, l'affaire *Mahé* parle d'elle-même : devant la hargne exprimée par des représentants des minorités francophones, le gouvernement québécois refuse de répondre publiquement à ses détracteurs et tente ensuite de sauver les apparences en modifiant légèrement sa position lors de sa plaidoirie devant la Cour suprême, un comportement qualifié de « mi-chair, mi-poisson » dans une revue de l'année politique 1988-1989¹⁹.

Enfin, démographiquement, même si les francophones sont majoritaires au Québec, la population francophone demeure minoritaire dans l'ensemble canadien, et l'est de plus en plus chaque année, avec un déclin qui se confirme sans interruption depuis le recensement de 1951²⁰. Le plus récent, celui de 2016, ne dément pas cette lourde tendance : au Canada, le poids relatif du français poursuit son lent déclin, alors que partout le poids relatif de l'anglais

¹⁶ *Charte de la langue française*, RLRQ, c. C-11 ; José WOEHLING, « Les concepts juridiques mis en œuvre en matière de politique linguistique », (2010) 16-3 *Télescope* 22, 37.

¹⁷ José WOEHLING, « Les concepts juridiques mis en œuvre en matière de politique linguistique », (2010) 16-3 *Télescope* 22, 38.

¹⁸ Benoît PELLETIER, *Une certaine idée du Québec : Parcours d'un fédéraliste. De la réflexion à l'action*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2010, p.112, p. 47.

¹⁹ Paul-André COMEAU, « L'année politique au Québec 1988-1989. Les relations fédérales-provinciales : “de paradoxes en impasse” », dans *Rubrique : Les affaires constitutionnelles et les relations fédérales-provinciales*, Presses de l'Université de Montréal, en ligne : <https://pum.umontreal.ca/apqc/88_89/comeau/comeau.htm> (consulté le 28 août 2018).

²⁰ La proportion de francophones au Canada est demeurée relativement stable, à environ 30 % de la population canadienne, de 1871 (date du premier recensement canadien) à 1951 : STATISTIQUE CANADA, *Le français et la francophonie au Canada*, Ottawa, 2012, p. 7, en ligne : <[http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/20n/as-sa/98-3i4-/\(98-314-x2c>11clcl3-1-fra-Pclf](http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/20n/as-sa/98-3i4-/(98-314-x2c>11clcl3-1-fra-Pclf)> (consulté le 9 janvier 2017).

progresses lentement²¹. En 2016, la francophonie canadienne, c'est 8 millions de personnes (7 millions au Québec et 1 million dans le reste du Canada ; les trois quarts de ces francophones hors Québec se trouvant en Ontario et au Nouveau-Brunswick, principalement le long de la frontière québécoise)²², alors que la population du Canada est de 35 millions d'habitants²³. Bref, la francophonie, c'est 23 % de la population canadienne, alors qu'elle était estimée à 30 % en 1951, avec des indicateurs annonçant un déclin pour l'avenir.

Replaçant ces considérations démographiques dans le contexte nord-américain, la guerre intestine observée dans la francophonie canadienne lors de l'affaire *Mahé* apparaît encore plus problématique. D'une part, le Québec se voit indéniablement renforcé, même politiquement, par une francophonie où il peut naturellement trouver un point d'appui et un relais à l'extérieur de ses frontières. Ainsi, Québec ne peut intervenir contre les revendications des francophones hors Québec sans, par la même occasion, contribuer à son propre déclin au Canada et à son isolement culturel et linguistique en Amérique.

D'autre part, l'avenir de la langue française au Canada, y compris à l'extérieur du Québec, est intimement lié à la capacité du Québec d'imposer le français sur son territoire pour en faire « la langue utile, la langue rentable, la langue indispensable »²⁴. Personne ne remet sérieusement en cause cette condition, que le ministre Camille Laurin, père de la Charte de la langue française, a brillamment exprimée lors des débats parlementaires menant à l'adoption de cette loi en 1977²⁵. Sans un Québec français, la langue française doit vraisemblablement se contenter d'une survivance précaire au Québec et dans le reste du Canada, une survivance devenant une « richesse » dans la mosaïque multiculturelle

²¹ Comme langue parlée à la maison (au moins régulièrement) : STATISTIQUE CANADA, *Recensement en bref. Le français, l'anglais et les minorités de langue officielle au Canada. Recensement de la population, 2016*, Ottawa, Ministère de l'Industrie, 2017, mis à jour le 31 août 2017, p. 1.

²² Si on prend en compte les personnes parlant français à la maison (au moins régulièrement).

²³ STATISTIQUE CANADA, *Recensement en bref. Le français, l'anglais et les minorités de langue officielle au Canada. Recensement de la population, 2016*, Ottawa, Ministère de l'Industrie, 2017, mis à jour le 31 août 2017, p. 3.

²⁴ La formule revient souvent à l'été 1977 : ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 31^e lég., 2^e sess., n° 124, 15 juin 1977, p. CLF-264 (Camille Laurin).

²⁵ *Charte de la langue française*, L.Q. 1977, c. 5 ; Éric POIRIER, *La Charte de la langue française : ce qu'il reste de la loi 101 quarante ans après son adoption*, Québec, Septentrion, 2016 (préface de Guy Rocher), p. 119.

canadienne. Si la francophonie hors Québec rejette ce dernier projet peu ambitieux, elle doit alors marcher au côté du Québec.

Car l'opposition qui éclate au grand jour avec l'affaire *Mahé* n'est qu'un des épisodes d'un long feuilleton dont la diffusion débute quelques années avant le rapatriement constitutionnel. En 1979, 1981 et 1986, ce sont des représentants des minorités francophones hors Québec qui interviennent devant la Cour suprême pour s'opposer à la position défendue par le procureur général du Québec. Ce ne sont donc pas que les droits linguistiques prévus dans la *Charte canadienne* qui divisent la francophonie. Il y a aussi ceux retrouvés dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, ou *Loi constitutionnelle de 1867* (ci-après L.C. 1867)²⁶. Le problème est profond. Les bases remontent à l'acte fondateur de la fédération canadienne.

Un désaccord qui prend racine

En 1979, le gouvernement du Québec est contraint de défendre la constitutionnalité de la Charte de la langue française dans l'affaire *Blaikie*²⁷. Ses dispositions faisant du français la langue officielle du processus d'adoption des lois et des tribunaux québécois sont attaquées sous prétexte qu'elles contreviennent aux garanties relatives au bilinguisme législatif et judiciaire prévues dans la L.C. 1867 (article 133). La même année, la Cour suprême se saisit de l'affaire *Forest*, où il est question de la constitutionnalité d'une loi manitobaine, adoptée en 1890, qui fait de l'anglais la seule langue de la législation et des tribunaux de cette province²⁸. Or, une disposition constitutionnelle datant de l'époque de la création du Manitoba, en 1870, protège, dans des termes semblables à ceux utilisés dans la L.C. 1867, le bilinguisme législatif et judiciaire sur le territoire manitobain.

Faisant ni une ni deux, Georges Forest, l'homme qui porte la cause des Franco-Manitobains, intervient dans l'affaire *Blaikie* pour appuyer les adversaires de la Charte de la langue française²⁹. Et sa stratégie s'avère gagnante. Dans l'arrêt *Forest*, la Cour écrit : « La situation

²⁶ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

²⁷ *Québec (Procureur général) c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016.

²⁸ *Manitoba (Procureur général) c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032.

²⁹ En revanche, Québec n'intervient pas dans l'affaire *Forest* pour combattre la cause des francophones du Manitoba.

du Manitoba ne présente aucune caractéristique qui commande une conclusion différente [de celle qui a été retenue dans *Blaikie*, pour le Québec]. »³⁰ Ainsi, Québec perd sa cause, le bilinguisme législatif et judiciaire est substitué aux objectifs de la Charte de la langue française et, réciproquement, le bilinguisme fait des gains au Manitoba. De nombreux observateurs le notent, comme D'Iberville Fortier, le commissaire fédéral aux langues officielles : « Paradoxalement, certains jugements qui se sont avérés désavantageux pour la Charte de la langue française [au Québec] au cours des dernières années ont, du moins en principe, favorisé le développement ou la renaissance des droits du français hors Québec » (traduction libre)³¹.

En 1981, lorsque Québec demande une nouvelle audition afin que ses obligations prévues dans la L.C. 1867 soient précisées relativement à la langue des règlements du gouvernement, des municipalités et des commissions scolaires, Georges Forest intervient pour s'y opposer³². Sa stratégie reste la même, suppose-t-on : en l'absence de litige concret lui permettant d'évaluer l'étendue des obligations constitutionnelles du Manitoba à l'égard des droits du français, la Cour suprême ne doit pas trancher la question québécoise relative à la protection constitutionnelle de la langue anglaise.

Mais cette fois, les arguments de Georges Forest ne sont pas retenus, et la Cour va de l'avant. L'état du bilinguisme législatif et judiciaire se resserre néanmoins sur le Québec au terme de cette seconde affaire *Blaikie* : les « mesures de nature législative qui émanent du gouvernement de la province », comme les règlements, doivent être bilingues, de même que les règles de pratique des tribunaux québécois. Le Manitoba se trouve réciproquement touché.

En 1986, enfin, dans l'affaire *MacDonald*, le procureur général du Québec doit défendre le droit des municipalités québécoises d'émettre des documents de nature judiciaire rédigés uniquement en français (par exemple, une sommation à comparaître devant un tribunal pour cause d'infraction réglementaire, un document qui peut accompagner un constat d'infraction en matière de stationnement ou pour excès de vitesse)³³. Devant la Cour suprême, la Société

³⁰ *Manitoba (Procureur général) c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032, 1033.

³¹ D'Iberville FORTIER, « Les droits linguistiques canadiens en évolution », (1986) 27 *C. de D.* 227, 232.

³² *Québec (Procureur général) c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312.

³³ *MacDonald c. Montréal (Ville)*, [1986] 1 R.C.S. 460.

franco-manitobaine plaide, contrairement à la position du Québec, l'obligation pour les municipalités québécoises de s'adresser à chacun des destinataires des documents dans la langue de leur choix, en français ou en anglais. Évidemment, l'intervention de cet organisme représentant la communauté francophone du Manitoba porte sur le cas québécois, mais l'objectif reste de faire progresser réciproquement le bilinguisme sur le territoire manitobain.

Concrètement, la Société franco-manitobaine est d'avis que la L.C. 1867 « protège l'utilisation de la langue de la minorité linguistique contre la tyrannie de la majorité » (traduction libre)³⁴. En conséquence, cet objectif est trahi si la Cour tranche en faveur du Québec, c'est-à-dire « en faveur du pouvoir de la majorité [québécoise] [...] d'éradiquer l'utilisation de l'anglais dans tous les documents imprimés » (traduction libre)³⁵. Selon l'intervenante, un gain pour le français en position majoritaire au Québec devient, par effet de miroir, un gain pour l'anglais en position majoritaire au Manitoba et dans le reste du Canada, donc un recul pour le français à l'extérieur du Québec.

Quoi qu'il en soit, la Cour, dans un jugement rendu à la majorité, retient l'argument du Québec : « les droits linguistiques alors garantis [par la L.C. 1867] [...] sont ceux des rédacteurs et des auteurs des actes et pièces de procédure, et non ceux de leurs destinataires ou de leurs lecteurs »³⁶. La Ville de Montréal, la partie défenderesse dans cette affaire, peut donc officiellement publier des documents de nature judiciaire rédigés uniquement en français.

Ce qui nous ramène à l'affaire *Mahé*, probablement l'épisode le plus dramatique du feuilleton. Si elle soulève autant les passions, et retient autant l'attention à l'époque, c'est beaucoup parce qu'elle survient au tournant des années 1990. Le Québec et le Canada sont alors plongés dans la dernière étape qui doit mener à la ratification de l'accord du lac Meech.

³⁴ Le mémoire de la Société franco-manitobaine étant rédigé en anglais seulement, la version originale prévoit ceci : « protect minority language use against invasion by the majority » ; SOCIÉTÉ FRANCO-MANITOBAINE, *Factum*, déposé dans l'affaire *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, 3 novembre 1984, p. 10.

³⁵ Dans la version originale : « as reserving power to the majority [...] to eradicate the use of English in all printed forms » ; SOCIÉTÉ FRANCO-MANITOBAINE, *Factum*, déposé dans l'affaire *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, 3 novembre 1984, p. 10.

³⁶ *MacDonald c. Montréal (Ville)*, [1986] 1 R.C.S. 460, 483.

Une réconciliation grâce à un accord constitutionnel ?

Avant que l'accord du lac Meech ne s'effondre en juin 1990, pour être plus tard définitivement abandonné, on pouvait croire qu'il constituait peut-être une réponse au type de problème posé par l'affaire *Mahé*. Du moins, peut-être pouvait-il servir à « désamorcer » le discours présentant une victoire judiciaire en faveur du bilinguisme institutionnel à l'extérieur du Québec comme une défaite pour la politique linguistique québécoise³⁷. C'était l'époque où l'on croyait qu'un problème structurel devait être réglé grâce à une intervention sur le plan des structures.

Cet accord proposait que soit ajoutée dans la Constitution une disposition exigeant que toute interprétation constitutionnelle concorde avec « la reconnaissance de ce que le Québec forme au sein du Canada une société distincte »³⁸. Alors, si « le Québec forme au sein du Canada une société distincte », c'est peut-être qu'il n'a plus à craindre qu'une interprétation de la *Charte canadienne* favorable à l'autonomie institutionnelle des francophones hors Québec puisse du même coup réduire sa propre souveraineté en matière d'éducation. Et si « le Québec forme au sein du Canada une société distincte », c'est peut-être qu'il peut prioriser l'utilisation du français dans le processus d'adoption de ses lois et devant ses tribunaux sans que d'autres provinces – certaines soumises à des garanties semblables à celles prévues dans la L.C. 1867 en matière de bilinguisme législatif et judiciaire – puissent en faire autant, mais à l'égard de l'anglais.

Peut-être aussi parce qu'une controverse existait à propos du sens à attribuer à cette clause reconnaissant le Québec comme société distincte³⁹. Mais comment savoir quelle direction

³⁷ Pierre FOUCHER, « Les gardiens de la paix. La Cour suprême du Canada et le contentieux des droits linguistiques : Montée en puissance des juges, pourquoi ? », dans Mary Jane MOSSMAN et Ghislain OTIS (dir.), *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Thémis, 2000, p. 127, à la page 138.

³⁸ Voir L'ENCYCLOPÉDIE CANADIENNE, « Accord du lac Meech : document », *Historica Canada*, 7 février 2006, dernière modification le 16 décembre 2013, en ligne : <<https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/accord-du-lac-meech-document>> (consulté le 11 juin 2019).

³⁹ Voir généralement Jean BAZIN et Réal FOREST (dir.), *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech : points de vue juridiques et politiques*, Montréal, Thémis, 1988. Le politologue Christian Dufour s'exprime ainsi : « Les juges ne sont ni des extra-terrestres ni des purs esprits : les interprétations d'un texte constitutionnel subissent forcément l'influence d'une réalité en évolution. En ce sens, l'Accord du lac Meech aurait été ce que les Québécois et les Canadiens en auraient fait. » (Christian DUFOUR, *Le défi québécois*, Montréal, l'Hexagone, 1989, p. 161).

aurait pu prendre la jurisprudence une fois Meech ratifié ? Même en présupposant que « l'interprétation est fonction de la connaissance », donc qu'« il est possible de connaître le sens » d'une disposition constitutionnelle⁴⁰, la clause de société distincte, avant d'être abandonnée, était à l'époque sujette à des interprétations contradictoires.

De plus, force est d'admettre que des mots ajoutés dans un document constitutionnel ne peuvent contraindre les juges à introduire dans la jurisprudence une interprétation asymétrique de la Constitution à la faveur de la francophonie canadienne. Le sens d'une clause ne préexiste pas à son interprétation. Comme l'indique Michel Troper, éminent philosophe du droit, fondateur de l'école de Nanterre à Paris, ce sont les juges qui créent la norme, car le texte n'a d'autres significations que celle que lui trouvent les juges. Surtout ceux de la Cour suprême, puisque leurs décisions sont toujours valides peu importe leur contenu ; elles ne sont ni vraies ni fausses, il n'existe aucune possibilité d'en appeler.

Si on pouvait prendre l'accord du lac Meech au sérieux, c'est plutôt parce qu'il proposait d'enchâsser l'exigence de trois juges québécois à la Cour suprême, des juges nommés par le gouvernement fédéral, toujours, mais à l'avenir « proposé[s] par le gouvernement du Québec ». Et aussi parce qu'il suggérait d'encadrer le pouvoir fédéral de dépenser – pouvoir encore illimité, mais pour l'avenir exercé avec l'exigence que soit « fourn[ie] une juste compensation au gouvernement d'une province qui choisit de ne pas participer à un programme national cofinancé »⁴¹. La position du Québec dans la fédération canadienne pouvait donc peut-être se voir renforcée.

Il est absurde de croire que quelques mots ajoutés dans une Constitution puissent contraindre des juges à orienter, voire réorienter, la jurisprudence dans une direction ou une autre. Reconnaître le Québec comme société distincte peut avoir un sens et son contraire⁴². La Cour suprême du Canada peut être contrainte, certes, mais à la condition que les acteurs disposés à voir apparaître une interprétation asymétrique dans la jurisprudence, par exemple des juges

⁴⁰ Voir Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 69.

⁴¹ Voir L'ENCYCLOPÉDIE CANADIENNE, « Accord du lac Meech : document », *Historica Canada*, 7 février 2006, dernière modification le 16 décembre 2013, en ligne : <<https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/accord-du-lac-meech-document>> (consulté le 11 juin 2019).

⁴² Le Québec peut disposer d'une plus grande marge de manœuvre parce qu'il est distinct. Il peut en revanche voir sa marge de manœuvre limitée au même motif qu'il est distinct.

québécois ou le gouvernement du Québec, aient, grâce à une position renforcée dans le jeu des acteurs juridiques au Canada, la capacité de la contraindre à trancher en ce sens⁴³. Ainsi, c'est avec ses mesures visant la composition de la Cour suprême et l'encadrement du pouvoir fédéral de dépenser, complétées par la clause de société distincte, que Meech constituait peut-être une réponse au type de problème posé par l'affaire *Mahé*.

Pierre Foucher est le chercheur qui a le mieux exprimé l'« incompatibilité conceptuelle » existant entre la position du Québec et celle des francophones minoritaires en matière de droits linguistiques. Selon le professeur de droit à l'Université d'Ottawa,

[l]orsqu'une minorité nationale [la francophonie canadienne prise comme un tout] dispose à la fois de droits collectifs constitutionnels opposables à tous les États de la fédération et de la maîtrise d'un gouvernement provincial, la concurrence devient une concurrence entre les minorités intrafédérales et l'État fédéré minoritaire.⁴⁴

Autrement dit, « les revendications québécoises se placent dans le cadre d'une dynamique fédéraliste »⁴⁵. Le gouvernement du Québec, pour défendre sa politique linguistique, défend la souveraineté des provinces dans les champs de compétence qui leur sont reconnus par la Constitution canadienne ; une constitution qui prévoit une cohabitation entre un État fédéral et des États fédérés, chacun disposant d'une part de souveraineté, aucun n'étant légalement subordonné à l'autre.

Au même moment, « les revendications des communautés francophones de l'extérieur du Québec s'appuient sur un discours de droits des minorités »⁴⁶. Les francophones minoritaires, pour accroître leur autonomie institutionnelle ou l'importance de leurs droits, défendent une interprétation large des droits linguistiques prévus dans la Constitution canadienne ; des

⁴³ Les juges ne sont pas liés par des normes, « mais seulement par le système de relations mutuelles dans lequel ils sont insérés », par un « faisceau de relations nombreuses et complexes ». Les juges sont libres, mais les interprétations qu'ils proposent sont « enserrées dans un réseau de contraintes » (Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 314 et 337). Nous traitons de ces notions un peu plus loin dans l'introduction.

⁴⁴ Pierre FOUCHER, « Fédéralisme et droits des minorités : tension ou complémentarité ? », dans Jean LAFONTANT (dir.), *L'État et les minorités*, Saint-Boniface, Éditions du blé/Presses universitaires de Saint-Boniface, 1993, p. 201-205. Nous parlerons parfois de « l'État du Québec », sachant qu'il a lui-même su utiliser cette dénomination : *Loi sur la laïcité de l'État*, RLRQ, c. L-0.3, art. 1 ; *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, RLRQ, c. E-20.2, art. 5.

⁴⁵ Pierre FOUCHER, « Fédéralisme et droits des minorités : tension ou complémentarité ? », dans Jean LAFONTANT (dir.), *L'État et les minorités*, Saint-Boniface, Éditions du blé/Presses universitaires de Saint-Boniface, 1993, p. 201 et 202.

⁴⁶ *Id.*

droits qui promeuvent *a priori* l'uniformité et qui limitent, le cas échéant, la souveraineté de l'État fédéral et celle des États fédérés.

Bref, cette « tension » entre les deux types de revendications – une tension qui est, selon Foucher, « à la racine du “mal canadien” » –, Meech pouvait peut-être la résoudre en rendant l'une et l'autre « complémentaires ». Mais l'accord s'effondre. Et avec lui s'effondre également tout espoir de voir le problème, pensé du point de vue structurel, trouver une solution en s'attaquant aux structures. Des observateurs préoccupés par l'éclatement de la francophonie canadienne se mettent alors à chercher une solution en dehors des réformes constitutionnelles, en se tournant vers la Cour suprême du pays.

Ils posent la question, à peu près dans ces termes : en prenant en compte le contexte de chaque affaire, les juges proposent-ils une interprétation asymétrique des droits linguistiques prévus dans la Constitution ? Ou encore : peuvent-ils ou doivent-ils le faire ? L'asymétrie, où le Québec et les francophones minoritaires trouveraient une interprétation des droits linguistiques à la hauteur de leurs ambitions grâce au travail des tribunaux, où chaque membre de la francophonie n'aurait plus à craindre des victoires ou défaites judiciaires des autres, où l'égalité des langues officielles ne pourrait plus être pensée sans la prise en compte de la réalité de chacune de ces langues en contexte nord-américain, devient dès lors le lieu où la réconciliation peut être possible⁴⁷. Aujourd'hui, 30 ans après l'affaire *Mahé*, 41 ans après l'affaire *Blaikie*, où en est-on ? L'interprétation asymétrique s'est-elle imposée ? Là aussi la controverse ne s'estompe pas⁴⁸.

Une réconciliation grâce au travail des tribunaux ?

⁴⁷ Benoît Pelletier écrit ceci : « la francophonie canadienne doit faire reconnaître en matière de droits linguistiques la nécessité de privilégier une approche fondée sur l'asymétrie, si elle veut arriver à affermir la solidarité entre toutes ses composantes » (Benoît PELLETIER, *Une certaine idée du Québec : Parcours d'un fédéraliste. De la réflexion à l'action*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2010, p. 115).

⁴⁸ Les prochaines pages dressent un portrait de l'opinion des observateurs et chercheurs du monde universitaire dont les travaux, récents, portent directement sur la question de l'interprétation asymétrique à la Cour suprême du Canada, considérant les intérêts du Québec et des minorités francophones en matière linguistique. L'opinion de ceux qui sont d'abord ou aussi des acteurs impliqués dans le contentieux des droits linguistiques au Canada, soit comme procureurs, soit comme acteur politique, est traitée dans la sous-partie B) i) et ii) de la deuxième partie de la présente thèse. On y retrouvera Michel Bastarache, Ronald Caza, Benoît Pelletier et Mark Power.

Premièrement, il y a les observateurs pour qui la question est réglée. Frédéric Bérard, codirecteur fondateur de l'Observatoire national en matière de droits linguistiques de l'Université de Montréal⁴⁹, est de ceux-là⁵⁰. À la question : « L'interprétation est-elle asymétrique ? », il répond en 2017 : « Oui ».

Son opinion, il la défend dans un ouvrage dont le titre, ambitieux, annonce vouloir « en finir avec les mythes ». Selon lui, il faut être aveuglé par une idéologie pour soutenir que l'interprétation asymétrique pourrait ne pas s'être déjà imposée dans la jurisprudence de la Cour suprême. Avec sa stratégie qui antagonise les relations dans la francophonie canadienne, le procureur général du Québec se ferait donc le promoteur d'un « nationalisme méthodologique »⁵¹.

Si l'interprétation asymétrique est une réalité, c'est d'abord, selon Bérard, parce que la Cour suprême reconnaît l'importance de voir à la protection du français partout au Canada, incluant au Québec. Une lecture comparative des affaires provenant du Québec et du reste du Canada en témoignerait : dans l'arrêt *Mahé*, la Cour indique vouloir interpréter la *Charte canadienne* conformément à l'objectif « de préserver et promouvoir la langue et la culture de la minorité » francophone en Alberta⁵² ; dans l'arrêt *Solski*, lorsqu'elle se prononce sur la constitutionnalité de la Charte de la langue française, elle mentionne que le gouvernement du Québec « doit disposer de la latitude suffisante pour assurer la protection de la langue

⁴⁹ L'observatoire, créé en avril 2016, semble inactif depuis juin 2017.

⁵⁰ D'autres observateurs partagent cet avis : Stéphane BEAULAC, « L'asymétrie comme logique nécessaire en droits linguistiques : éclairage croisé Italie-Canada », dans L. O'DONNELL et P. DONOVAN (dir.), *La Loi 101 et les Québécois d'expression anglaise*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2019, en ligne : <<https://stephanebeaulac.openum.ca/files/sites/84/2019/04/BEAULAC-Asymetrie-FINAL.pdf>> ; Stéphanie CHOUINARD, *La question de l'autonomie des francophones hors Québec : Trois décennies d'activisme judiciaire en matière de droits linguistiques au Canada*, thèse de doctorat, Université d'Ottawa, Faculté des Sciences sociales, École d'études politiques, 2016, p. 280 ; Marie-Ève HUDON, *Le fédéralisme asymétrique et les communautés francophones en situation minoritaire au Canada*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2004, p. 10 ; Serge ROUSSELLE, « L'application asymétrique des droits linguistiques au palier municipal : une réalité intrinsèquement liée à notre ordre constitutionnel », (2003-2004) 5 *Rev. C.L. Français* 461, 471 et 481 ; James B. KELLY, « Reconciling Rights and Federalism during Review of the Charter of Rights and Freedoms : The Supreme Court of Canada and the Centralization Thesis, 1982 to 1999 », (2001) 34 : 2 *Canadian Journal of Political Science* 321, 332.

⁵¹ Frédéric BÉRARD, *Charte canadienne et droits linguistiques : pour en finir avec les mythes*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2017, p. 297.

⁵² *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, 371.

française»⁵³. Voilà un lieu de convergence évident des intérêts de la francophonie canadienne.

Si l'interprétation asymétrique est une réalité, c'est aussi, toujours selon Bérard, parce que la jurisprudence témoignerait d'une sensibilité unique à l'endroit du contexte québécois. Lorsque la Cour suprême prononce l'inconstitutionnalité de la Charte de la langue française, elle suspend sa décision pour une année afin de permettre au législateur québécois d'adapter sa politique linguistique aux nouvelles exigences constitutionnelles qu'elle énonce⁵⁴. Or, lorsqu'elle s'adresse à la Nouvelle-Écosse, elle condamne la position de la province de prévoir le transport par autobus des enfants vers une école se trouvant à une heure de route du lieu où résident les membres de la communauté, et ordonne plutôt la construction d'une nouvelle école pour la minorité francophone⁵⁵.

En conséquence, l'interprétation asymétrique est, pour Bérard, une « évidence factuelle ». À l'opposé, la prétention qu'il pourrait ne pas en être ainsi serait « dépourvue de tout fondement légal »⁵⁶. C'est sans équivoque⁵⁷. Seul obstacle : l'aveuglement idéologique du procureur général du Québec.

Deuxièmement, il y a les observateurs qui croient à l'existence de l'interprétation asymétrique, mais qui reconnaissent au même moment qu'il subsiste toujours des incertitudes quant aux conditions menant à sa manifestation. Alors, chaque nouvelle décision de la Cour suprême, plutôt que de clarifier la question, apporte son lot de nouvelles interrogations. Pierre Foucher, de l'Université d'Ottawa, le chercheur qui a probablement le plus écrit sur l'asymétrie, appartient à ce groupe d'observateurs⁵⁸. À la question : « L'interprétation est-elle asymétrique ? », il répond en 2008 : « Oui, mais ».

⁵³ *Solski (Tuteur) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, par. 34.

⁵⁴ *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2009 CSC 47, par. 51.

⁵⁵ *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3, par. 61.

⁵⁶ Frédéric BÉRARD, *Charte canadienne et droits linguistiques : pour en finir avec les mythes*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2017, p. 280.

⁵⁷ Voir aussi le professeur Stéphane Beaulac, qui croit de façon catégorique que l'interprétation asymétrique est acquise : Stéphane BEAULAC, « L'asymétrie comme logique nécessaire en droits linguistiques : éclairage croisé Italie-Canada », dans L. O'DONNELL et P. DONOVAN (dir.), *La Loi 101 et les Québécois d'expression anglaise*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2019, en ligne : <https://stephanebeaulac.openum.ca/files/sites/84/2019/04/BEAULAC-Asymetrie-FINAL.pdf>.

⁵⁸ On peut aussi compter sur Sébastien Grammond, professeur de droit à l'Université d'Ottawa, nommé juge à la Cour fédérale en 2017. En 2016, avant sa nomination, il souligne sans hésiter l'existence de l'interprétation

Foucher sait que les droits linguistiques canadiens, constitutionnels ou non, fédéraux ou provinciaux, sont d'abord appréhendés selon un présupposé symétrique. C'est que « [c]haque disposition linguistique adoptée s'inspire des précédentes de sorte qu'une interprétation judiciaire d'un droit linguistique a des répercussions sur les autres »⁵⁹. Ainsi, « tous les gouvernements qui sont assujettis à des obligations linguistiques ont un intérêt dans la résolution d'un litige en ces matières, chacun envisageant la question selon les intérêts politiques qui lui sont propres ». Et « [c]haque communauté linguistique minoritaire suit avec attention tout procès linguistique n'importe où au Canada et évalue pour elle-même les retombées de chaque décision »⁶⁰.

Cela dit, Foucher croit que l'interprétation contextuelle des droits linguistiques devient la norme. Il écrit : « L'analyse symétrique entre les droits linguistiques des Anglo-Québécois et ceux des francophones hors Québec est peut-être en train de céder le pas à une analyse plus soucieuse du contexte de chaque situation »⁶¹. Le contexte, c'est qu'à l'extérieur du Québec, il faut souvent réparer les torts historiques subis par les francophones, contrer l'assimilation linguistique et doter les minorités d'institutions dignes de ce nom. En revanche, au Québec,

asymétrique. Il ajoute au même moment que la Cour suprême « demeure cependant quelque peu évasive quant à cette question » : Sébastien GRAMMOND, « Louis Lebel et la société distincte », (2016) 57 *C. de D.* 251, 263.

⁵⁹ Pierre FOUCHER, « Les gardiens de la paix. La Cour suprême du Canada et le contentieux des droits linguistiques : Montée en puissance des juges, pourquoi ? », dans Mary Jane MOSSMAN et Ghislain OTIS (dir.), *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Thémis, 2000, p. 127, p. 135.

⁶⁰ *Id.*, p. 136.

⁶¹ *Id.* Foucher s'est très souvent prononcé sur cette question. Ses conclusions évoluent. En 1993, il parle « d'un concept souvent invoqué, jamais encore appliqué : l'asymétrie » (Pierre FOUCHER, « Fédéralisme et droits des minorités : tension ou complémentarité ? », dans Jean LAFONTANT [dir.], *L'État et les minorités*, Saint-Boniface, Éditions du blé/Presses universitaires de Saint-Boniface, 1993, p. 201, p. 216). En 2000, il croit que l'analyse symétrique « est peut-être en train de céder le pas » à l'analyse asymétrique (Pierre FOUCHER, « Les gardiens de la paix. La Cour suprême du Canada et le contentieux des droits linguistiques : Montée en puissance des juges, pourquoi ? », dans Mary Jane MOSSMAN et Ghislain OTIS [dir.], *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Thémis, 2000, p. 127, p. 136). En 2002, il écrit que « cette tendance [à la symétrie] semble maintenant s'atténuer » (Pierre FOUCHER, « Symétrie ou asymétrie dans les droits scolaires des minorités », [2002] 47 *Égalité* 91, 107). En 2004 : « La Cour suprême du Canada nous rappelle régulièrement que les droits linguistiques ne recevront peut-être pas une application uniforme dans chacune des provinces. » (Pierre FOUCHER, « L'impact du fédéralisme sur les droits scolaires des minorités ou vice-versa », [2003-2004] 5 *Rev. C.L. Français* 421, 421). En 2008, le même auteur constate « une certaine ouverture de la Cour à l'interprétation asymétrique dans la mise en œuvre des droits linguistiques » (Pierre FOUCHER, « Le carré redevenu cercle ? Fédéralisme, droits linguistiques et égalité dans l'interprétation de la Constitution canadienne », dans Linda CARDINAL [dir.], *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de parole, 2008, p. 269, p. 282 et 283). Donc, l'incertitude demeure.

le contexte de la minorité officielle n'est pas le même, vraiment pas, et de tous les points de vue, ni les besoins d'ailleurs. Ce faisant, Foucher est d'avis « que le gouvernement du Québec n'a pas à s'inquiéter outre mesure d'une victoire des minorités francophones sur le front des droits linguistiques » ; leur « application réelle [...] ne conduit pas aux mêmes remèdes judiciaires »⁶².

Mais Foucher fait aussi dans l'ambivalence, et il l'entretient. En 2008, il écrit que l'interprétation asymétrique s'est imposée parce que la Cour suprême a su « trouv[er] un point d'équilibre entre les compétences provinciales sur la langue et le respect des droits constitutionnels des minorités »⁶³. Il précise qu'« 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 ». Puis ajoute que « le débat judiciaire a permis de trouver un accommodement qui, sans donner entière satisfaction aux deux parties [le Québec et les francophones minoritaires], représente quand même une solution permettant de continuer l'expérience canadienne sans que la question des droits linguistiques ne devienne un obstacle dirimant ».

Cependant, en conclusion, et il faut le souligner, Foucher admet que le « risque d'un retour à l'égalité formelle dans l'interprétation des droits linguistiques existe toujours » ; une égalité pensée sans contexte, une égalité mettant sur un même pied les minorités francophones hors Québec et la communauté anglo-québécoise⁶⁴. L'incertitude persiste, donc.

⁶² Pierre FOUCHER, « Les gardiens de la paix. La Cour suprême du Canada et le contentieux des droits linguistiques : Montée en puissance des juges, pourquoi ? », dans Mary Jane MOSSMAN et Ghislain OTIS (dir.), *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Thémis, 2000, p. 127, p. 136. Il faut dire que Foucher lui-même ne s'est jamais vraiment « inquiété » pour le Québec, qu'il y ait ou non interprétation asymétrique. Concernant les droits linguistiques prévus dans la L.C. 1867, il écrit : « Je peine à voir comment ce modeste régime linguistique constitutionnel met en péril la francité du Québec. [...] Le bilinguisme officiel n'enraye pas l'assimilation, mais il n'y contribue pas non plus. » (Pierre FOUCHER, « Droits linguistiques à l'image des cercles concentriques », [1992] 41 *U.N.B.L.J.* 171, 174).

⁶³ Pierre FOUCHER « Le carré redevenu cercle ? Fédéralisme, droits linguistiques et égalité dans l'interprétation de la Constitution canadienne », dans Linda CARDINAL (dir.), *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de parole, 2008, p. 269, p. 283-285.

⁶⁴ Dans une publication récente, une publication ne portant pas sur l'interprétation asymétrique, Foucher constate que le principe du fédéralisme est de plus en plus dominant depuis 2010 comme clé d'interprétation dans les litiges mettant en cause les droits linguistiques : Pierre FOUCHER, « La dualité linguistique canadienne devant les tribunaux », dans Valérie LAPOINTE-GAGNON, Rémi LÉGER, Serge DUPUIS et Alex TREMBLAY LAMARCHE (dir.), *La Confédération et la dualité canadienne*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2020, p. 49, p. 68 et 69. Cette observation n'est pas de nature à alimenter la réconciliation. Au contraire, elle nourrit l'« incompatibilité conceptuelle » traitée plus haut opposant un gouvernement du

Troisièmement, il y a les observateurs pour qui l'interprétation demeure symétrique. C'est le cas d'Emmanuelle Richez, professeure de science politique à l'Université de Windsor (Ontario)⁶⁵. À la question : « L'interprétation est-elle asymétrique ? », elle répond en 2015 : « Non ».

Son analyse porte beaucoup sur des arrêts relativement récents de la Cour suprême, ceux où il est question des dispositions de la Charte de la langue française qui encadrent l'accès à l'école de langue anglaise. Elle note : dans *Solski*, en 2005, la Cour valide la constitutionnalité de la CLF, mais impose une interprétation atténuée de celle-ci ; dans *Nguyen*, en 2009, elle déclare son inconstitutionnalité pour faire primer l'objet de la *Charte canadienne*. Richez pose la question : pourquoi un tel résultat considérant, comme l'indique la Cour elle-même, « la latitude suffisante » dont doit disposer le gouvernement du Québec « pour assurer la protection de la langue française » sur son territoire⁶⁶ ?

Selon Richez, l'arrêt *Solski* n'a de sens que s'il est lu à la lumière des répercussions qu'il doit présument avoir pour les communautés francophones hors Québec. À la question : « Comment peut-on à la fois affirmer que Québec doit “disposer de la latitude suffisante pour assurer la protection de la langue française” et interpréter limitativement son pouvoir de diriger vers les écoles françaises des enfants qui ne sont pas héritiers de l'école anglaise (ou qui ne sont pas membres de la communauté anglo-québécoise) ? », Richez répond que le Québec doit garder une nouvelle porte ouverte pour l'école de langue anglaise chez lui (une porte pour les enfants dont le dossier témoigne d'une « intention réelle », « authentique », d'intégrer l'école de la minorité officielle), car les francophones minoritaires dans le reste du Canada ont besoin de cette porte réciproque pour garnir leurs propres écoles.

Selon Richez, l'arrêt *Solski*, et la préoccupation pour le contexte québécois que la Cour mentionne d'emblée, ne sont pas des preuves de l'émergence de l'asymétrie. Ils militent

Québec se revendiquant de la théorie du fédéralisme et des communautés francophones défenseurs des droits des minorités officielles.

⁶⁵ Voir aussi Nadia VERRELLI, « L'ombre de la Charte canadienne des droits et libertés », dans François ROCHER et Benoît PELLETIER (dir.), *Le nouvel ordre constitutionnel canadien : du rapatriement de 1982 à nos jours*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2013, p. 235 ; Eugénie BROUILLET, « La Charte de la langue française et les chartes de droits : la difficile conciliation des logiques majoritaires et minoritaires », dans Martin PÂQUET et Marcel MARTEL (dir.), *Légiférer en matière linguistique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2008, p. 359.

⁶⁶ *Solski (Tuteur) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, par. 34.

plutôt en faveur de la thèse inverse lorsqu'ils sont analysés dans leur contexte plus global. Les arrêts *Solski*, puis *Nguyen* mettent la communauté anglo-québécoise et les minorités francophones sur un même pied. La Cour suprême dit se préoccuper du sort du français au Québec, mais elle se préoccupe tout autant des répercussions que sa jurisprudence portant sur la Charte de la langue française pourrait avoir sur les francophones hors Québec. Elle ouvre donc un peu l'école de langue anglaise au Québec afin d'ouvrir de la même manière les écoles francophones dans le reste du Canada. Pour Richez, c'est un témoignage de « parallélisme constitutionnel » (traduction libre)⁶⁷.

Quatrièmement, il y a les observateurs qui sont d'avis que l'interprétation asymétrique n'est pas acquise, mais qui ajoutent immédiatement que des indices permettent peut-être d'espérer sa possible émergence future. Linda Cardinal, professeure de science politique à l'Université d'Ottawa, est de cette école⁶⁸. À la question : « L'interprétation est-elle asymétrique ? », elle répond en 2017 : « Non, mais ». Elle fonde son analyse sur ce qu'il convient d'appeler, très largement, la politique linguistique canadienne.

Selon Cardinal, la *Loi sur les langues officielles*, la loi fédérale adoptée en 1969, a une « visée symétrique », « ce qui implique de faire la promotion du français au Canada anglophone et la promotion de l'anglais au Québec, de façon symétrique »⁶⁹. La *Charte canadienne*, enchâssée dans la Constitution du pays en 1982, poursuit ce travail et crée un « régime fondé sur la symétrie des droits partout au pays », qui met « sur le même pied les anglophones du Québec et les minorités francophones »⁷⁰. Et la nouvelle *Loi sur les langues officielles*, la loi fédérale de 1988 qui remplace celle de 1969, « renforce la symétrie entre les minorités de

⁶⁷ Emmanuelle RICHEZ, « Losing Relevance : Quebec and the Constitutional Politics of Language » (2014-2015) 52 *Osgoode Hall L.J.* 191, 218. Une autre auteure parle de « règle de l'uniformité » et de « pancanadianisme » : Nadia VERRELLI, « L'ombre de la Charte canadienne des droits et libertés », dans François ROCHER et Benoît PELLETIER (dir.), *Le nouvel ordre constitutionnel canadien : du rapatriement de 1982 à nos jours*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2013, p. 235, p. 250.

⁶⁸ José Woehrling, professeur de droit à l'Université de Montréal, partage aussi cet avis : José WOEHLING, « Les concepts juridiques mis en œuvre en matière de politique linguistique », (2010) 16-3 *Télescope* 22, 37 et 38 ; José WOEHLING, « La Constitution canadienne et les droits linguistiques : convergences et divergences entre les intérêts des Québécois francophones, de la minorité angloquébécoise et des minorités francophones du Canada », dans Sylvie LÉGER (dir.), *Les droits linguistiques au Canada : collisions ou collisions ?*, Ottawa, Centre canadien des droits linguistiques, 1995, p. 53, p. 81.

⁶⁹ Linda CARDINAL, « Symétrie/asymétrie : la difficile relation entre le Québec et les minorités francophones du reste du Canada », dans Alain-G. GAGNON et Pierre NOREAU, *Constitutionnalisme, droits et diversité : Mélanges en l'honneur de José Woehrling*, Montréal, Thémis, 2017, p. 295, p. 306.

⁷⁰ *Id.*, p. 307.

langue officielle » et « encourage l'intervention du gouvernement fédéral dans les champs de compétences du Québec en vue de favoriser l'épanouissement et le développement de la minorité anglophone de la province »⁷¹.

Certes, la *Charte canadienne* est un « irritant majeur » dans la francophonie canadienne, car elle met « le Québec et les minorités francophones dos à dos », mais la réflexion de Cardinal illustre un problème encore plus large. La politique linguistique canadienne est globalement pensée selon un plan symétrique, même en dehors du document constitutionnel. Cette symétrie « oblige le Québec à scruter chaque avancée que fait la minorité francophone [hors Québec] à la lumière de son incidence sur [sa propre] politique linguistique ». De plus, cette symétrie place le Québec « sur une position défensive, en raison des tensions entre la politique linguistique canadienne [qui déclare deux langues officielles, et défend l'égalité entre elles] et la politique québécoise [qui déclare une seule langue officielle, et la priorise au détriment de l'anglais] »⁷².

Pour dénouer l'impasse, Cardinal analyse les voies de l'asymétrie à la lumière des travaux de José Woehrling, un professeur de droit à l'Université de Montréal qui s'est par le passé démarqué pour la richesse de ses réflexions sur cette question. Elle partage l'avis de ce dernier : « En l'absence de volonté politique c'est le forum judiciaire qui serait le plus susceptible de proposer une interprétation asymétrique des droits linguistiques. »⁷³ Cardinal cite l'arrêt *Solski* à l'appui, où, selon elle, « la Cour [suprême] aurait confirmé le principe asymétrique sans vraiment le dire de façon explicite ».

Un optimisme prudent, donc, à l'égard de l'émergence future de l'interprétation asymétrique ? Des indices présents dans la jurisprudence permettent peut-être de l'espérer, mais Cardinal observe une panne chez les acteurs qui devraient y travailler. Tout d'abord, Québec « semble condamn[é] à une certaine impuissance ». Ensuite, une initiative fédérale dans ce dossier « serait probablement plus ou moins bien vue » au Canada anglais. Enfin, « la

⁷¹ *Id.*, p. 308 et 309.

⁷² *Id.*

⁷³ *Id.*, p. 313.

méfiance des minorités francophones à l'égard du Québec » est toujours bien réelle. Pour Cardinal, le « nœud gordien », ce qui divise la francophonie, « continue d'être d'actualité »⁷⁴.

Cinquièmement, enfin, il y a des observateurs pour qui l'interprétation asymétrique est un fait avéré, mais qui, contrairement aux précédents, croient que l'asymétrie se manifesterait au bénéfice de l'anglais au Québec et dans le reste du Canada, défavorisant ainsi partout la francophonie, ou presque. C'est le cas d'André Braën, professeur de droit à l'Université d'Ottawa⁷⁵. Selon lui, et ce, depuis 2005, la Cour suprême adopterait une approche différente selon qu'une affaire provienne du Québec ou du reste du Canada. À la question : « L'interprétation est-elle asymétrique ? », il répond en 2016 : « Oui, mais au détriment de la francophonie ».

Du côté québécois, dans les arrêts *Solski* et *Nguyen*, la Cour n'hésite pas à intervenir contre la politique linguistique québécoise afin d'ouvrir davantage la porte à l'école de langue anglaise. Des parents, qui ne sont pas membres de la communauté anglo-québécoise, qui ne sont pas héritiers du réseau scolaire anglais, veulent-ils voir leur enfant fréquenter l'école publique anglaise au Québec ? Ils le peuvent désormais si le dossier de l'enfant témoigne d'une « intention réelle », « authentique », d'intégrer les institutions de la communauté anglophone⁷⁶.

La Cour suprême trouve ainsi la voie qu'elle croit être celle préconisée par la *Charte canadienne* : « en tant que participants au régime linguistique canadien », « les néo-canadiens décident notamment d'adopter l'une ou l'autre langue officielle, ou les deux à la fois »⁷⁷. Alors que la Charte de la langue française réserve l'école de langue anglaise aux membres

⁷⁴ *Id.*, p. 314 et 315.

⁷⁵ André Tremblay, professeur de droit à l'Université de Montréal, appréhende l'apparition de ce phénomène dès 1983. L'appréhension est fondée sur l'intuition qu'une interprétation large des droits linguistiques constitutionnels pourrait plus facilement s'imposer au bénéfice des minorités de langue officielle fortes (donc principalement au bénéfice de l'anglais au Québec). En échange, une interprétation plus stricte de ces droits attendrait les minorités plus faibles (au détriment évident du français à l'extérieur du Québec), avec en arrière-plan le présupposé que plus rien ne peut leur redonner la vitalité d'antan, pas même l'accroissement de leurs droits linguistiques. Tremblay écrit : « l'interprétation peut tenir compte de la plausibilité ou de la faisabilité, pour ne pas dire de la futilité, d'un bilinguisme véritable et significatif, là où évidemment les textes constitutionnels le permettent » (André TREMBLAY, « L'interprétation des dispositions constitutionnelles relatives aux droits linguistiques », [1983] 13 *Man. L.J.* 651, 651 et 652).

⁷⁶ *Solski (Tuteur) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, par. 39 ; *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2009 CSC 47, par. 35.

⁷⁷ *Solski (Tuteur) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, par. 31 ; *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2009 CSC 47, par. 27.

de la communauté anglo-qubécoise et dirige les autres enfants vers le réseau scolaire français, la Cour intervient pour protéger le droit de choisir l'une ou l'autre des langues officielles, à certaines conditions. La Charte de la langue française doit céder.

Mais la Cour suprême n'a-t-elle pas reconnu que Québec « doit disposer de la latitude suffisante pour assurer la protection de la langue française » ? N'a-t-elle pas confirmé son intention de « tenir compte des disparités très réelles qui existent entre la situation de la communauté linguistique minoritaire du Québec et celle des communautés linguistiques minoritaires des territoires et des autres provinces »⁷⁸ ? Bref, n'a-t-elle pas déjà adopté une approche asymétrique ?

Braën ne manque pas de mentionner cette ouverture, que la Cour suprême énonce comme prémisse de ses décisions. Il croit toutefois que cette prémisse ne porte ensuite pas à conséquence : « Bref et ce qui ressort des arrêts *Solski* et *Nguyen*, c'est que la Cour, après avoir rappelé un contexte [celui du Québec, et de la relative fragilité du français], l'ignore superbement pour ne faire ressortir que l'aspect individuel accolé aux droits scolaires constitutionnels [qui protègent le droit de choisir le français ou l'anglais lorsque les conditions énoncées sont rencontrées] »⁷⁹.

Pourtant, au même moment, lorsqu'une affaire provient du reste du Canada, de souligner Braën, la Cour suprême hésite avant d'intervenir en faveur du français. Autrement dit : alors que la Cour intervient en faveur de la langue minoritaire au Québec (l'anglais), elle préfère se défilier lorsqu'il est question d'intervenir en faveur de la langue minoritaire dans le reste du Canada (le français). C'est là l'asymétrie au détriment de la francophonie.

En 2005, dans l'arrêt *Charlebois*, la Cour refuse d'interpréter largement la loi linguistique du Nouveau-Brunswick afin d'obliger les procureurs des municipalités de la province à utiliser le français devant les tribunaux dans les causes où la partie adverse demande un procès dans cette langue. Selon les juges majoritaires, le « principe d'interprétation fondé sur le respect

⁷⁸ *Solski (Tuteur) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, par. 34.

⁷⁹ André BRAËN, « La Cour suprême du Canada et les droits linguistiques : une certaine fatigue ! », dans Patrick TAILLON, Eugénie BROUILLET et Amélie BINETTE (dir.), *Un regard québécois sur le droit constitutionnel : mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 453, p. 489.

des «valeurs de la Charte [canadienne]» ne s'applique « qu'en cas d'ambiguïté véritable »⁸⁰. Et la loi linguistique du Nouveau-Brunswick n'avait pas, semble-t-il, ce niveau d'ambiguïté. En 2013, dans l'arrêt *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, la Cour suprême confirme le pouvoir de la province d'interdire le dépôt de documents rédigés en français sans traduction anglaise devant ses tribunaux civils. Encore une fois, les juges majoritaires refusent de s'appuyer sur les valeurs de la *Charte canadienne* pour trancher la question.

Braën conclut : « au Nouveau-Brunswick et en Colombie-Britannique, la Cour suprême laisse au législateur compétent le soin de faire progresser le statut de la langue française [et cautionne en conséquence l'inaction], au Québec, elle se substitue au législateur pour fixer elle-même le régime des droits scolaires applicables et assure, de la sorte, un plus grand espace à la langue anglaise »⁸¹.

En résumé, cinq courants de pensée coexistent simultanément dans la littérature. En 2017, à la question : « L'interprétation est-elle asymétrique ? », Bérard répond : « Oui », et Cardinal répond : « Non, mais ». En 2015 et 2016, à la même question, Richez répond : « Non », et Braën répond : « Oui, mais au détriment de la francophonie ». Enfin, un peu plus tôt, en 2008, Foucher répond pour sa part : « Oui, mais ». Que conclure ? Les juges proposent-ils une interprétation asymétrique des droits linguistiques prévus dans la Constitution ? Ou peuvent-ils ou doivent-ils le faire ?

⁸⁰ *Charlebois c. Saint John (Ville)*, [2005] 3 R.C.S. 563, par. 23.

⁸¹ André BRAËN, « La Cour suprême du Canada et les droits linguistiques : une certaine fatigue ! », dans Patrick TAILLON, Eugénie BROUILLET et Amélie BINETTE (dir.), *Un regard québécois sur le droit constitutionnel : mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 453, p. 477. Sa thèse est confirmée dans deux arrêts subséquents de la Cour suprême provenant de l'extérieur du Québec : *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67 (où la Cour refuse en 2014 d'octroyer des dommages-intérêts à des passagers qui ont vu leurs droits linguistiques bafoués par le transporteur Air Canada) et *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56 (où la Cour confirme en 2015 l'inexistence d'obligations constitutionnelles visant l'Alberta et la Saskatchewan à l'égard du bilinguisme législatif et judiciaire). Elle est toutefois nuancée par l'arrêt *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21 (en 2015, la Cour juge que les francophones de Vancouver, en Colombie-Britannique, ont droit à une école réellement équivalente à celle dont dispose les anglophones), qui fait progresser les droits du français à l'extérieur du Québec. Braën ne manque pas de souligner cette dernière dans un autre article : André BRAËN, « L'affaire *Caron* : La Cour suprême à la recherche du compromis perdu ! », (2016) 3 *R.D.L.* 94, 95 et 96.

En réalité, la francophonie canadienne continue de s'entredéchirer sur la place publique malgré toute cette littérature. Car le feuilleton se poursuit après l'affaire *Mahé*. Ce constat ne peut être repoussé dans les marges de la réflexion. Face au problème qui perdure, on remarque que l'asymétrie ne peut servir la réconciliation si elle n'est pas conçue à cette fin. Il faut remettre le point de vue des acteurs au centre des considérations.

Un problème qui perdure

Tout compte fait, Québec est intervenu à trois reprises devant la Cour suprême pour présenter une position contraire à celle défendue par des représentants des minorités francophones : dans l'affaire *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212 et dans l'affaire *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureur général)*, 2015 CSC 25⁸². Il y a là trois épisodes. De leur côté, au même moment, les représentants des minorités francophones sont intervenus onze fois devant le plus haut tribunal contre le procureur général du Québec (s'y prenant parfois à plusieurs), et ce, dans cinq affaires différentes : dans les deux affaires *Québec (Procureur général) c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016 et *Québec (Procureur général) c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312, et dans les affaires *MacDonald c. Montréal (Ville)*, [1986] 1 R.C.S. 460, *Solski (Tuteur) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14 et *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2009 CSC 47. Il y a là cinq épisodes. Au total, le feuilleton de la division de la francophonie canadienne devant la Cour suprême compte jusqu'à présent huit épisodes.

⁸² Stéphane Beaulac et Frédéric Bérard, codirecteurs de l'Observatoire national en matière de droits linguistiques de l'Université de Montréal, affirment que Québec s'est présenté à trois reprises devant la Cour suprême pour présenter une position contraire à celle défendue par des représentants des minorités francophones, mais citent en appui les affaires *Mahé* (1990), *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768 et *Commission scolaire du Yukon* (2015) : voir Marco FORTIER, « Un nouvel observatoire prêt à déboulonner les "mythes" canadiens », *Le Devoir*, 7 avril 2016, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/politique/canada/467521/droits-linguistiques-un-nouvel-observatoire-pret-a-deboulonner-les-mythes-canadiens>> (consulté le 25 septembre 2018). Ils oublient ainsi le *Renvoi manitobain* de 1992 et font une lecture particulière de l'intervention du Québec dans l'affaire *Beaulac*. Le procureur général du Québec ne s'oppose pas aux revendications portées par des représentants des minorités francophones dans cette affaire *Beaulac*, comme en témoigne le mémoire qu'il dépose devant la Cour suprême à cette occasion (voir la sous-partie A] ii] de la deuxième partie de la présente thèse).

La position du Québec et des francophones minoritaires n'a convergé qu'une seule fois, dans le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721. Or, le gouvernement québécois intervient moins dans cette affaire pour participer à la réconciliation qu'il ne saisit l'occasion de rappeler à la Cour suprême qu'elle doit imposer au Manitoba ce que l'arrêt *Blaikie* impose au Québec⁸³.

Ainsi, peut-être l'interprétation asymétrique, conçue en mettant bout à bout des indices laissés ici et là dans la jurisprudence, pour la voir apparaître enfin au grand jour, a-t-elle déjà offert tout ce qu'elle pouvait espérer offrir. Car si l'asymétrie s'est imposée, comme l'indiquent certains observateurs, une sous-question émerge aussitôt : comment expliquer l'existence du profond désaccord qui s'enracine dans la francophonie canadienne au point de prendre des airs de divorce ?

Confronté au phénomène, Bérard préfère, plutôt que de remettre en question le bien-fondé de sa conclusion (ou de la nuancer), isoler l'un des éléments qui viennent la contredire. C'est là qu'il propose cette explication : puisque l'asymétrie est une « évidence factuelle », la position récurrente du procureur général du Québec ne peut être motivée que par un aveuglement idéologique. Donc, il isole ce qu'il considère être la pomme pourrie afin d'épargner les structures, qui ne peuvent être responsables de la division du Québec et des autres francophones.

Mais l'explication de Bérard n'éclaire finalement rien. Le procureur général du Québec est coupable de nourrir ses interventions d'un « nationalisme méthodologique », une idéologie toute québécoise qui consiste à voir Québec (à l'exclusion d'Ottawa) comme l'unique défenseur possible du fait français en Amérique⁸⁴. L'idéologie amènerait même une certaine

⁸³ Dans ce renvoi, le gouvernement fédéral saisit la plus haute cour de quatre questions susceptibles de mettre fin à la crise linguistique qui sévit au Manitoba depuis l'arrêt *Forest* rendu en 1979. Dans ce dernier arrêt, la Cour suprême déclare inopérante la loi manitobaine de 1890 qui fait de l'anglais la seule langue de la législation, mais demeure muette sur le caractère valide ou invalide de cette loi et de toutes les lois adoptées depuis contrairement à l'obligation de bilinguisme législatif applicable à cette province. L'obligation en question peut-elle être seulement déclaratoire (ou indicative) ou est-elle nécessairement impérative ? Dans le *Renvoi manitobain* de 1985, Québec intervient pour plaider ce que la Cour lui a imposé dans l'arrêt *Blaikie* en 1979 : l'obligation est impérative et son non-respect entraîne l'invalidité. La position du procureur général du Québec converge alors sur ce point avec celle de la Société franco-manitobaine et celle de la Fédération des francophones hors Québec, deux intervenantes défendant les intérêts de la francophonie minoritaire dans l'affaire.

⁸⁴ Frédéric BÉRARD, *Charte canadienne et droits linguistiques : Pour en finir avec les mythes*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2017, p. 230.

élite québécoise à souhaiter la disparition des francophones hors Québec pour mieux voir consolider ses fondements. Alors, que faire des associations de défense des droits des minorités francophones qui, onze fois, dans cinq affaires différentes (où, pour certaines de ces affaires, plusieurs de ces associations intercédent simultanément), sont intervenues contre le procureur général du Québec ? De quelle idéologie sont-ils coupables ? Ils ont pourtant joué le jeu de la division plus souvent qu'à leur tour. À cette question, Bérard n'offre aucune réponse.

Si relever des indices d'asymétrie dans le discours de la Cour suprême n'est pas un exercice inintéressant, rien n'indique, toutefois, que leur regroupement n'ait qu'une seule conséquence possible, à savoir la réconciliation de la francophonie. La Cour peut se dire sensible au contexte québécois, répéter d'entrée de jeu qu'elle est consciente de l'état de fragilité du français au Québec et dans le reste du Canada, elle peut aussi ordonner différentes mesures de réparation selon les situations qui se présentent devant elle. Mais pourquoi faudrait-il que ces indices aient un sens univoque ? C'est comme s'il manquait une proposition au syllogisme. Bérard aurait probablement conclu autrement s'il s'était d'abord demandé quel type d'asymétrie est susceptible de réconcilier la francophonie.

D'autres observateurs offrent d'autres pistes. Si l'interprétation asymétrique s'est imposée, mais qu'il reste une part d'incertitude quant aux conditions menant à sa manifestation, il devient alors évident que cette part d'incertitude peut expliquer la persistance des désaccords dans la francophonie. Or, selon Foucher, le gouvernement québécois en fait une estimation exagérée, car, rappelons-le, Québec n'a pas « à s'inquiéter outre mesure d'une victoire des minorités francophones sur le front des droits linguistiques ». Ce qui nous ramène à la sous-question posée plus haut : comment expliquer la guerre intestine qui fait rage dans la francophonie canadienne ?

Conclure, à partir d'«une étude serrée de la jurisprudence», que la Cour suprême est « attentive » au contexte québécois et à celui des francophones minoritaires, c'est une chose. Établir que l'interprétation asymétrique possède un niveau de certitude suffisant pour pouvoir minimalement en prédire les conséquences, permettant conséquemment aux avocats d'en faire le fondement de leur argumentation devant la Cour, c'en est une autre. Foucher sous-estime peut-être l'importance que peut prendre pour les acteurs, tous les acteurs, le « risque

d'un retour à l'égalité formelle dans l'interprétation des droits linguistiques », qu'il admet lui-même.

N'oublions pas que le procureur général du Québec et les représentants des minorités francophones comparaissent en Cour suprême par le moyen de leurs avocats. Selon le *Code de déontologie des avocats* du Québec (RLRQ, c. B-1, r. 3), par exemple, l'exercice de la profession repose notamment sur le principe de « la loyauté envers le client ». De plus, l'avocat doit agir « en tout temps dans le meilleur intérêt du client », « de manière à établir et à maintenir une relation de confiance mutuelle ».

La « loyauté », c'est donc envers le client qu'elle va, et non envers la francophonie canadienne tout entière. Comment « établir et maintenir une relation de confiance mutuelle » si les procureurs suggèrent, avant d'agir « en tout temps dans le meilleur intérêt du client », une stratégie de retenue devant la Cour de peur de nuire aux intérêts présumés des autres parties au litige ? Comment « établir et maintenir une relation de confiance mutuelle » si les procureurs plaident la spécificité d'un contexte, sous prétexte que la Cour y est « attentive », afin de favoriser une interprétation asymétrique qui pourrait – qui pourrait seulement – avoir des retombés favorables ici et chez le voisin ?

Non, le « meilleur intérêt du client », c'est à l'évidence d'intervenir franchement pour protéger la plus grande marge de manœuvre des provinces en matière d'éducation, pour défendre la souveraineté du Québec (voir l'affaire *Mahé*, 1990). C'est aussi, sans contredit, de promouvoir directement la liberté des justiciables de choisir la langue des documents de nature judiciaire, le français ou l'anglais, pour accroître les droits des Franco-Manitobains (voir l'affaire *MacDonald*, 1986). Tout le feuilleton, jusqu'au dernier épisode, peut s'expliquer notamment par l'exigence de « loyauté envers le client ». Peut-être Foucher conclurait-il autrement au sujet de l'incertitude entourant l'interprétation asymétrique s'il mettait le point de vue des acteurs au centre des considérations.

Cela dit, les autres observateurs ne mettent pas pour autant fin au débat. Richez ne cherche pas spécialement les voies de la réconciliation ; elle propose d'éclairer les considérations qui sont sous-jacentes aux motifs explicites de la Cour suprême. *Idem* pour Braën ; il observe les dynamiques qui sont à l'œuvre depuis quelques années en matière de droits linguistiques dans la jurisprudence du plus haut tribunal. La question demeure alors. Car le problème n'est

pas que l'interprétation judiciaire soit plus ou moins symétrique ou asymétrique. Le problème c'est plutôt la division observée entre le Québec et les francophones minoritaires, une division que l'asymétrie, non pas pour elle-même, mais formulée en conséquence, est susceptible de résoudre⁸⁵. Si l'interprétation asymétrique a un intérêt pour la francophonie, voilà le problème qu'il faut attaquer.

Enfin, Cardinal offre la réponse la plus complète. Elle sait que l'interprétation asymétrique n'est pas en soi un gage de réconciliation. L'asymétrie, est-ce davantage d'obligations à Québec sur le front du bilinguisme institutionnel et moins dans les autres provinces ? Ou est-ce, dans sa « dimension négative ou régressive », d'abandonner les minorités de langue officielle les plus faibles, lire les minorités francophones, parce qu'elles ne peuvent que rarement se justifier du nombre suffisant de membres pour réclamer des services ou des institutions⁸⁶ ? Dans un cas, Québec pourrait vouloir exiger une justice symétrique avec le reste du Canada. Dans l'autre, ce sont les francophones hors Québec qui pourraient s'interposer pour demander un traitement symétrique avec la communauté anglo-québécoise.

Cardinal sait aussi qu'aucun dénouement heureux ne peut être espéré pour la francophonie canadienne sans le travail des acteurs. Et là, il faut prendre la balle au bond. Il faut d'abord cibler le type d'asymétrie susceptible de paver la voie de la réconciliation, ce qui exige de mettre le point de vue des acteurs au centre des considérations. Il faut ensuite vérifier, non pas si l'interprétation asymétrique s'est imposée pour elle-même, mais si ce type d'interprétation asymétrique existe ou non dans la jurisprudence. Reprenons donc la question une dernière fois.

L'interprétation est-elle asymétrique ?

⁸⁵ Comme on l'écrit plus tôt : L'asymétrie, où le Québec et les francophones minoritaires trouveraient une interprétation des droits linguistiques à la hauteur de leurs ambitions grâce au travail des tribunaux, où chaque membre de la francophonie n'aurait plus à craindre des victoires ou défaites judiciaires des autres, où l'égalité des langues officielles ne pourrait plus être pensée sans la prise en compte de la réalité de chacune de ces langues en contexte nord-américain, devient dès lors le lieu où la réconciliation devient possible.

⁸⁶ Linda CARDINAL, « Symétrie/asymétrie : la difficile relation entre le Québec et les minorités francophones du reste du Canada », dans Alain-G. GAGNON et Pierre NOREAU, *Constitutionnalisme, droits et diversité : Mélanges en l'honneur de José Woehrling*, Montréal, Thémis, 2017, p. 295, p. 300.

À l'évidence, dans les dossiers mettant en cause des droits linguistiques constitutionnels applicables simultanément à différents ressorts (au Québec et à d'autres), les juges de la Cour suprême ne se donnent pas pour mandat d'écrire la loi qui doit être adoptée par les provinces ou le fédéral afin qu'ils se conforment à la Constitution. Les juges cherchent plutôt à dégager des principes, qu'ils veulent uniformes, avant de renvoyer les législateurs à leur table à dessin, le cas échéant⁸⁷. Or, personne ne peut prétendre que l'inévitable marge de manœuvre dont dispose chaque province pour rédiger leurs politiques en matière d'accès à l'école dans la langue de la minorité ou en matière de bilinguisme législatif et judiciaire doit nécessairement mettre fin à la division observée entre Québec et les minorités francophones. On peut croire qu'il s'agit d'une forme d'asymétrie, qui se manifeste à l'intérieur du régime fédéral canadien, mais personne ne peut conclure que celle-ci constitue assurément le lieu de réconciliation de la francophonie⁸⁸.

Pourquoi ? Car malgré toute la marge de manœuvre dont jouissent les législateurs, les juges peuvent contribuer à la division s'ils énoncent, lorsqu'ils sont appelés à le faire, les principes (les mêmes) qui doivent être respectés par toutes les provinces et le pouvoir fédéral⁸⁹.

⁸⁷ La Cour suprême peut suivre « un raisonnement de type législatif » (Marc CHEVRIER et David SANSCHAGRIN, « Le juge superlégislateur au Canada ou la politique par soustraction », dans Geoffrey GRANDJEAN et Jonathan WILDEMEERSCH [dir.], *Les juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 95, p. 104). Elle peut encadrer les législateurs de façon très serrée (André BRAËN, « La Cour suprême du Canada et les droits linguistiques : une certaine fatigue ! », dans Patrick TAILLON, Eugénie BROUILLET et Amélie BINETTE [dir.], *Un regard québécois sur le droit constitutionnel : mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 453, p. 477). Mais le plus haut tribunal canadien se garde le beau rôle en donnant des orientations aux législateurs tout en leur laissant le soin de régler les détails. Il s'exprime ainsi dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839, 860 : « notre Cour devrait se garder de décrire précisément le genre de texte législatif que le gouvernement du Manitoba doit adopter pour satisfaire à ses obligations constitutionnelles ». Il affirme ceci dans l'arrêt *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, 376 : « Il serait irréaliste et vain d'imposer une forme précise de système d'éducation à une multitude de situations différentes qui existent dans tout le Canada. » La présente thèse foisonne d'autres exemples de ce type. Notons enfin que le régime d'accès à l'école de la minorité linguistique officielle est différent d'une province à l'autre et que la procédure d'adoption des lois bilingues dans un ressort canadien soumis à une obligation de bilinguisme législatif n'est pas exactement la même partout où cette obligation existe au Canada.

⁸⁸ Au sujet de la façon dont les provinces utilisent la marge de manœuvre provinciale pour rédiger leurs politiques en matière d'accès à l'école dans la langue de la minorité, voir : l'imposant chapitre du professeur de droit Guillaume Rousseau intitulé « La langue de l'enseignement : le français de l'école à l'université » paru dans Guillaume ROUSSEAU et Éric POIRIER, *Le droit linguistique au Québec*, Montréal, LexisNexis, 2017 ; voir aussi Michel DOUCET, « L'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés et l'admission des non-ayants droit à l'école francophone », (2015) 2 *R.D.L.* 239.

⁸⁹ Certains litiges peuvent ne pas concerner l'élaboration des principes. Un juge peut n'être saisi que de leur application, par exemple lorsque le critère du nombre suffisant est en jeu et qu'il lui revient de déterminer où se situe une communauté sur l'échelle variable des droits rattachés à l'article 23 de la *Charte canadienne*.

Comment ? Si (dans les dossiers mettant en cause des droits linguistiques applicables au Québec et ailleurs au Canada) les juges énoncent les principes qui doivent être respectés partout, il est évident que le Québec et les minorités francophones pourront vouloir intervenir, chacun de leur côté, afin d'influencer l'élaboration de ces principes en fonction de leurs intérêts propres. Et ce, malgré les indices d'asymétrie ; même si les tribunaux peuvent ordonner différentes mesures de réparation selon les faits de chaque espèce ; en dépit de la sensibilité de la Cour pour les différents contextes ; et malgré la marge dont disposent ensuite chaque province et le législateur fédéral⁹⁰. Le jeu des acteurs ne peut se conclure autrement. Chaque partie veut tirer le maximum pour elle-même ; les procureurs voient, en toute loyauté, au « meilleure intérêt » de leur client. Alors ?

Alors le type d'asymétrie susceptible de paver la voie de la réconciliation est nécessairement celui qui résulterait de l'énonciation de principes différents, les uns applicables au Québec, les autres dans le reste du Canada ; des principes élaborés par exemple à partir du fait que, entre l'une et l'autre des deux langues officielles du Canada, seule la française est fragile, et ce, partout sur le territoire canadien, y compris au Québec. En d'autres mots, l'asymétrie peut mettre fin à la division uniquement si ces principes, différents au Québec et dans le reste du Canada, peuvent évoluer dans le contexte québécois indépendamment de leur évolution ailleurs au Canada, et vice versa. Cette asymétrie, on pourrait la qualifier d'asymétrie de principes⁹¹.

Dans ces litiges, le Québec et les minorités francophones peuvent être moins solidaires qu'*a priori* indifférents au résultat.

⁹⁰ Et même si la Cour suprême venait dire que Québec doit jouir de plus de marge que les autres provinces en raison de sa situation linguistique particulière au Canada et en Amérique du Nord. Car Québec pourrait toujours vouloir intervenir, malgré la position de la francophonie minoritaire, pour voir à ce que l'évolution des dits principes se fasse dans le sens d'une plus grande marge encore.

⁹¹ On peut imaginer l'asymétrie de principes comme une entreprise de construction de deux édifices distincts (un pour le Québec, l'autre pour le reste du Canada) à partir de matériaux provenant de la même source (à savoir les droits linguistiques applicables simultanément au Québec et à au moins un autre ressort). Le premier édifice ayant certaines particularités que le second n'aurait clairement pas, et vice versa, le Québec se retrouverait avec la certitude que certains gains susceptibles d'être enregistrés par les francophones minoritaires ne seraient pas habilités à avoir des répercussions réciproques chez lui pour la communauté anglo-québécoise, et inversement. On peut plus concrètement imaginer que le droit à la continuité d'emploi de la langue d'instruction pour les enfants de la minorité, par exemple, pourrait trouver application à l'extérieur du Québec sur la base d'une instruction reçue n'importe où au Canada et sans égard à la nature ou forme de cette instruction. Au Québec, le droit pourrait être rattaché aux mêmes conditions, sauf dans les cas où il serait réclamé sur les fondements d'une instruction reçue au Québec ; alors, au moins une forme d'instruction, celle reçue dans une école de langue anglaise privée non subventionnée du Québec (on pourrait en imaginer d'autres), serait déclarée en principe non susceptible de qualifier l'enfant. Un même droit applicable au

Bref, la thèse part de la prémisse que seule l'asymétrie de principes est susceptible de réconcilier la francophonie canadienne ; autrement dit, que le gouvernement du Québec et les minorités francophones continueront d'avoir juridiquement intérêt à s'opposer l'un à l'autre en l'absence de celle-ci. L'enjeu n'est donc pas de savoir si l'interprétation judiciaire est plus ou moins symétrique ou asymétrique. L'enjeu est de savoir si l'asymétrie de principes est présente ou non dans la jurisprudence sur les droits linguistiques.

Prémisse :

Sans l'asymétrie de principes, le gouvernement du Québec et les minorités francophones continueront d'avoir juridiquement intérêt à s'opposer l'un à l'autre devant la Cour suprême du Canada dans les litiges portant sur les droits linguistiques constitutionnels.

La première hypothèse de la thèse est la suivante : l'asymétrie de principes est inexistante dans la jurisprudence, et cela alimente la division observée dans la francophonie canadienne. Il s'agit maintenant d'aller vérifier. Et puisqu'on veut pouvoir envisager pour la suite une voie de réconciliation – fondée sur l'idée que les acteurs juridiques de la francophonie pourraient travailler à créer des contraintes favorisant l'émergence de l'asymétrie de principes –, il y a lieu de construire un cadre théorique à partir d'une théorie qui permet de mettre les acteurs au centre des considérations.

Pour vérifier l'hypothèse, il faut étudier les décisions de la Cour suprême qui mettent en cause les droits linguistiques, mais seulement celles qui, selon qu'elles tranchent une affaire provenant du Québec ou de l'extérieur du Québec, ont aussi, toujours, dans l'un ou l'autre des cas, un pendant québécois et hors Québec. Il s'agit de vérifier si la Cour, tranchant une

Québec et dans le reste du Canada aurait donc en principe une application plus étendue hors Québec et moins étendue au Québec, concrètement, à l'étape décrivant ce que comprend le droit à l'instruction dans la langue de la minorité. On peut aussi imaginer, autre exemple, que le bilinguisme législatif pourrait comprendre l'obligation de donner une valeur égale aux textes anglais et français des lois, sauf pour les lois québécoises, où l'adoption des lois bilingues pourrait permettre de donner préséance à la version française advenant une discordance avec la version anglaise. Des distinctions de principes de cette sorte (on peut en imaginer d'autres) mèneraient à la construction de deux édifices offrant au Québec et aux francophones minoritaires la certitude que, sur certains points clairement énoncés, ils n'auraient plus rien à perdre d'une victoire de l'un ou de l'autre. Sur ces points, ils pourraient même construire des alliances en vue d'appuis futurs ; le Québec gagnant à voir à cet égard les droits du français s'accroître dans le reste du Canada, les francophones minoritaires gagnant à participer au renforcement du seul État de langue française en Amérique (le seul qui a le français pour unique langue officielle).

question provenant du Québec, puis se prononçant ensuite sur une autre de nature comparable provenant de l'extérieur du Québec, ou vice versa, sait énoncer des principes différents dans l'un et l'autre des cas de façon à ce qu'ils puissent évoluer en toute indépendance en contexte québécois et hors Québec. En outre, puisque la présente thèse se situe dans un dialogue avec les auteurs qui s'intéressent au débat symétrie-asymétrie, les décisions étudiées en l'espèce sont les décisions déjà citées dans la doctrine comme preuves attestant ou non l'existence de l'interprétation symétrique ou asymétrique⁹². Une seule, pertinente, n'a toujours pas fait l'objet d'une analyse en ce sens⁹³.

Pour proposer une réponse plus complète, l'étude – qui porte naturellement sur les décisions de la Cour suprême, lieu où la francophonie canadienne s'affronte – doit également inclure les quelques décisions d'autres tribunaux prises en compte par les auteurs qui ont analysé la question de la symétrie-asymétrie auparavant, considérant les intérêts du Québec et des minorités francophones en matière linguistique⁹⁴.

⁹² Quelques arrêts importants en matière de droits linguistiques au Canada n'ont jamais été utilisés pour démontrer l'existence ou non de l'interprétation symétrique ou asymétrique. Nous les mentionnons ici pour justifier explicitement le fait qu'ils ne sont pas étudiés dans la présente thèse. Les suivants (qui proviennent de l'extérieur du Québec) n'ont pas de pendants en provenance du Québec : *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada*, [2008] 1 R.C.S. 383 (conséquences d'une entente donnant à une province le pouvoir d'exercer ses activités via des agents d'une institution fédérale) ; *DesRochers c. Canada (Industrie)*, 2009 CSC 8 (l'égalité réelle en matière de prestation de services en français et en anglais) ; *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67 (l'interprétation de la *Loi sur les langues officielles* considérant le droit international). À l'inverse, le suivant (qui provient du Québec) n'a pas d'équivalent en provenance de l'extérieur du Québec : *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*, 2005 CSC 16 (respect de la procédure de contestation établie par la loi linguistique de la province).

⁹³ Il s'agit du récent arrêt *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13. Il provient de l'extérieur du Québec et, portant sur l'interaction entre l'article premier de la *Charte canadienne* (qui permet à un gouvernement de justifier une mesure jugée être en contravention des droits et libertés constitutionnalisés) et le droit à l'instruction dans la langue de la minorité, il a un pendant provenant du Québec (soit l'arrêt *Nguyen c. Québec [Éducation, Loisir et Sport]*, 2009 CSC 47). Il ne tardera pas à faire réagir les auteurs de doctrine.

⁹⁴ En particulier les arrêts *Westmount (Ville) c. Québec (Procureur général)*, [2001] R.J.Q. 2520 (C.A.), *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, (2001) 56 O.R. (3d) 505 (Ont. C.A.) et *Charlebois c. Mowat*, 2001 NBCA 117. Des auteurs les mentionnent comme manifestations d'une interprétation asymétrique : Pierre FOUCHER, « Symétrie ou asymétrie dans les droits scolaires des minorités », (2002) 47 *Égalité* 91, 101 ; Marc TREMBLAY, « D'égal à égal : la réhabilitation du principe de l'égalité des langues officielles et du principe de la progression vers l'égalité de statut du français et de l'anglais », (2002) 47 *Égalité* 67, 79 ; Serge ROUSSELLE, « L'application asymétrique des droits linguistiques au palier municipal : une réalité intrinsèquement liée à notre ordre constitutionnel », (2003-2004) 5 *Rev. C.L. Français* 461, 461 ; Pierre FOUCHER, « L'impact du fédéralisme sur les droits scolaires des minorités ou vice-versa », (2003-2004) 5 *Rev. C.L. Français* 421, 444 ; Michel DOUCET, Michel BASTARACHE et Martin RIOUX, « Les droits linguistiques : fondements et interprétation », dans Michel BASTARACHE et Michel DOUCET (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 1, p. 76 ; Frédéric BÉRARD, *Charte canadienne et droits linguistiques : Pour en finir*

En conséquence, la question trouve une réponse dans, essentiellement, 37 décisions judiciaires. Celles-ci portent principalement sur le droit à l'instruction dans la langue de la minorité prévu dans la *Charte canadienne* et les obligations de bilinguisme législatif et judiciaire retrouvées dans la L.C. 1867, évidemment. Ces dispositions sont applicables simultanément dans différents ressorts (au Québec et ailleurs au Canada), et leur évolution, interpellant le Québec et les francophones minoritaires, constitue le premier laboratoire de l'émergence ou non de l'interprétation asymétrique. Les décisions à l'étude portent aussi parfois sur d'autres droits linguistiques qui, bien que ne trouvant pas application simultanément au Québec et ailleurs au Canada, mettent en cause des principes qui eux ont de telles implications.

Voici la liste, des plus anciennes aux plus récentes, classées selon qu'elles émanent d'affaires provenant du Québec ou du reste du Canada et en fonction des thèmes pertinents

avec les mythes, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2017, p. 258. Le *Renvoi ontarien* de 1984, *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights*, (1984) 47 O.R. (2d) 1 (C.A.), est quant à lui qualifié d'« incontournable » par une auteure (Stéphanie CHOUINARD, *La question de l'autonomie des francophones hors Québec : Trois décennies d'activisme judiciaire en matière de droits linguistiques au Canada*, thèse de doctorat, Université d'Ottawa, Faculté des Sciences sociales, École d'études politiques, 2016, p. 96 ; voir aussi Serge DUPUIS, *Deux poids deux langues : brève histoire de la dualité linguistique au Canada*, Québec, Septentrion, 2019, p. 148) et analysé par Mark POWER, Marc-André ROY et Mathieu STANTON, « La sécurité linguistique et culturelle des francophones du Québec et des communautés d'expression française en situation minoritaire : un jeu à somme nulle ? », dans *Retour sur les états généraux du Canada français : continuités et ruptures d'un projet national*, Jean-François LANIEL et Joseph-Yvon THÉRIAL (dir.), Québec, Presses de l'Université du Québec, 2016, p. 233, p. 242. D'autres affaires, bien qu'importantes en matière de droits linguistiques au Canada, n'ont jamais été utilisées pour démontrer l'existence ou non de l'interprétation symétrique ou asymétrique. Nous les mentionnons ici pour justifier explicitement le fait qu'elles ne sont pas étudiées dans la présente thèse. Les suivantes (qui proviennent de l'extérieur du Québec) n'ont pas de pendants en provenance du Québec : *Raïche c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.F. 93 ; *Reference re the Final Report of the Electoral Boundaries Commission*, 2017 NSCA 10 (redécoupage de la carte électorale affectant une minorité officielle) ; *Fédération des francophones de la Colombie-Britannique c. Canada (Ministère de l'Emploi et du Développement social)*, 2018 CF 530 ; *Canada [Langues officielles] c. CBC/Radio-Canada*, 2014 CF 849 [implications de la partie 7 de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, c. 31 [4^e supp.]]. À l'inverse, les affaires suivantes [qui proviennent du Québec] n'ont pas d'équivalents en provenance de l'extérieur du Québec. Elles ne sont donc pas retenues : *Lavigne c. Canada [Développement des ressources humaines]*, [2002] 2 CF 164 ; conf. 2003 CAF 203 [les conséquences d'une entente de financement liant le fédéral et un organisme provincial [la province n'exerce pas ses activités via des agents d'une institution fédérale ; le fédéral s'est plutôt retiré de cette activité pour privilégier le financement d'un organisme provincial]] ; *Québec [Procureure générale] c. Magasins Best Buy ltée*, 2015 QCCA 747 [l'affichage d'une marque de commerce considérant l'économie de la loi 101 [le *ratio* de la décision en appel porte strictement sur l'économie de la loi 101, et non sur l'interaction de cette dernière avec le droit international]] ; *Dionne c. Canada [Bureau du surintendant des institutions financières]*, 2019 CF 879 [le droit de travailler dans la langue officielle de son choix d'un fonctionnaire fédéral basé dans une région désignée bilingue lorsqu'il transige avec des collègues fonctionnaires basés eux dans une région désignée unilingue anglophone].

(relativement au débat symétrie-asymétrie) qu'elles abordent (avec la mention du lieu où elles sont analysées dans la thèse) :

Thèmes (et lieu où se trouve l'analyse)	Affaires provenant du Québec	Affaires provenant du reste du Canada
Conséquence d'un processus bilingue d'adoption des lois sur le statut des deux versions (sous-partie A] i] de la partie 1)	- <i>Canadian Pacific Railway Company v. Robinson</i> , (1891) 19 S.C.R. 292;	- <i>The King v. Dubois</i> , [1935] S.C.R. 378 ;
Pouvoir de chaque palier de gouvernement de légiférer en matière linguistique et conséquence d'une déclaration d'officialité (sous-partie A] ii] de la partie 1)	- <i>Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal c. Ministre de l'Éducation du Québec</i> , [1976] C.S. 430 ; - <i>Association des Gens de l'air du Québec Inc. v. Lang</i> , [1978] 2 C.F. 371 (C.A.F.) ;	- <i>Jones c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)</i> , [1975] 2 R.C.S. 182 ;
Conséquence de l'obligation constitutionnelle de bilinguisme législatif et judiciaire (sous-partie A] ii] de la partie 1)	- <i>Québec (Procureur général) c. Blaikie</i> , [1979] 2 R.C.S. 1016 ; - <i>Québec (Procureur général) c. Blaikie</i> , [1981] 1 R.C.S. 312 ;	- <i>Manitoba (Procureur général) c. Forest</i> , [1979] 2 R.C.S. 1032 ; - <i>Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba</i> , [1985] 1 R.C.S. 721 (il est le prolongement de l'arrêt <i>Forest</i>) ;
Principes derrière le droit à l'instruction dans la langue de la minorité (sous-partie B] ii] de la partie 1)	- <i>Québec (Procureur général) c. Quebec Association of Protestant School Boards</i> , [1984] 2 R.C.S. 66 ;	- <i>Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights</i> , (1984) 47 O.R. (2d) 1 (C.A.) ;
Principes d'interprétation des droits linguistiques (sous-partie B] ii] de la partie 1)	- <i>MacDonald c. Montréal (Ville)</i> , [1986] 1 R.C.S. 460 ;	- <i>Bilodeau c. Manitoba (Procureur général)</i> , [1986] 1 R.C.S. 449 ; - <i>Société des Acadiens c. Association of Parents</i> , [1986] 1 R.C.S. 549 ;

Thèmes (et lieu où se trouve l'analyse)	Affaires provenant du Québec	Affaires provenant du reste du Canada
Prise en compte du contexte provincial et souveraineté des provinces (sous-partie A] i] de la partie 2)	<p>- <i>Ford c. Québec (Procureur général)</i>, [1988] 2 R.C.S. 712 ;</p> <p>- <i>Devine c. Québec (Procureur général)</i>, [1988] 2 R.C.S. 790 ;</p>	<p>- <i>R. c. Mercure</i>, [1988] 1 R.C.S. 234 ;</p>
Prise en compte du contexte provincial et principes derrière les droits linguistiques (sous-partie A] i] de la partie 2)	<p>- <i>Sinclair c. Québec (Procureur général)</i>, [1992] 1 R.C.S. 579;</p>	<p>- <i>Mahé c. Alberta</i>, [1990] 1 R.C.S. 342 ;</p> <p>- <i>Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba</i>, [1992] 1 R.C.S. 212 ;</p> <p>- <i>Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)</i>, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839 ;</p>
Principes d'interprétation des droits linguistiques (sous-partie A] ii] de la partie 2)	<p>- <i>Renvoi relatif à la sécession du Québec</i>, [1998] 2 R.C.S. 217 ;</p>	<p>- <i>R. c. Beaulac</i>, [1999] 1 R.C.S. 768 ;</p> <p>- <i>Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard</i>, [2000] 1 R.C.S. 3 ;</p>
Prise en compte du contexte provincial et principes constitutionnels (sous-partie A] ii] de la partie 2)	<p>- <i>Westmount (Ville) c. Québec (Procureur général)</i>, [2001] R.J.Q. 2520 (C.A.) ;</p>	<p>- <i>Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)</i>, (2001) 56 O.R. (3d) 505 (Ont. C.A.) ;</p> <p>- <i>Charlebois c. Mowat</i>, 2001 NBCA 117 ;</p>
Prise en compte du contexte provincial et principes constitutionnels (sous-partie A] ii] de la partie 2)	<p>- <i>Solski (Tuteur) c. Québec (Procureur général)</i>, 2005 CSC 14 (rendu le 31 mars, avant la modification apportée à la <i>Loi sur les langues officielles</i> en 2005) ;</p> <p>- <i>Gosselin (Tuteur) c. Québec (Procureur général)</i>, [2005] 1 R.C.S.</p>	<p>- <i>Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse</i>, [2003] 3 R.C.S. 3 ;</p>

238 (rendu aussi le 31 mars) ;		
Thèmes (et lieu où se trouve l'analyse)	Affaires provenant du Québec	Affaires provenant du reste du Canada
Prise en compte du contexte provincial et principes constitutionnels (sous-partie B] i] de la partie 2)	- <i>Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)</i> , 2009 CSC 47 ;	- <i>Charlebois c. Saint John (Ville)</i> , [2005] 3 R.C.S. 563 (rendu le 15 décembre, après la modification apportée à la <i>Loi sur les langues officielles</i> en 2005) ⁹⁵ ; - <i>Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique</i> , 2013 CSC 42 ; - <i>Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)</i> , 2015 CSC 21 ; - <i>Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureur général)</i> , 2015 CSC 25 ; - <i>Caron c. Alberta</i> , 2015 CSC 56 ; - <i>Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique</i> , 2020 CSC 13.

⁹⁵ Les arrêts *Solski* et *Gosselin* sont discutés à l'occasion des débats entourant la modification apportée à la *Loi sur les langues officielles* en 2005. Ils sont publiés avant que la loi modificatrice ne soit adoptée. L'arrêt *Charlebois*, rendu aussi en 2005, est cependant publié après ces débats. Il n'est donc pas discuté lors des travaux portant sur la loi qui doit modifier la *Loi sur les langues officielles* en 2005 (tout porte même à croire que l'arrêt *Charlebois*, qui est de nature à pouvoir freiner le principe de l'interprétation large des droits linguistiques, aurait pu fortement influencer les débats parlementaires tenus en 2005 s'il avait été rendu à ce moment). Dans ce contexte, les arrêts *Solski* et *Gosselin* sont traités ensemble, dans la présente thèse, avant l'événement de 2005 ajoutant à l'intention législative sur les langues officielles. Et l'arrêt *Charlebois* est traité après cet événement.

À la lumière de ces 37 décisions, force est de conclure que notre première hypothèse se confirme, comme nous le verrons ; l'asymétrie de principes ne réussit pas à s'imposer dans la jurisprudence. Le problème n'a donc pas trouvé de solutions. Les désaccords reprendront, et de nouveaux épisodes s'ajouteront au feuilleton. On peut suggérer ceci : ne sachant pas s'unir pour faire face au lent déclin qui est le sien, la francophonie – qui deviendra moins politique et plus culturelle, qui sera composée de minorités plus minoritaires et d'un Québec moins français – pourra enfin, dans les faits autant qu'en droit, devenir une communauté parmi d'autres dans le Canada multiculturel. Et l'histoire retiendra qu'elle a elle-même contribué à ce dessein que d'autres ont d'abord voulu pour elle.

Première hypothèse :

L'asymétrie de principes n'émerge pas dans la jurisprudence mettant en cause les droits linguistiques constitutionnels.

Méthode :

Vérifier, grâce à l'étude des 37 décisions pertinentes, si l'asymétrie de principes est présente ou non dans la jurisprudence.

Alors, que faire ? Avant d'y répondre, il faut poser le bon diagnostic : pourquoi l'asymétrie de principes n'émerge-t-elle pas ? Tout à la fois évidente et improbable, la meilleure explication simplifie ou complexifie les enjeux selon qu'on observe ce que les juges disent qu'ils font ou, en faisant un pas de côté, ce qu'on peut croire qu'ils font réellement. Si l'asymétrie de principes n'émerge pas, c'est parce que l'intention législative sur les langues officielles au Canada est (lorsque le Québec est concerné) d'ériger une structure symétrique, programmant ainsi la division de la francophonie. Ce n'est pas que cette intention lie les juges ; c'est qu'ils ont stratégiquement avantage à s'y coller.

Un piège relayé par les juges

Pour un État, il n'est jamais simple d'encadrer les rapports existants entre les différentes langues parlées sur son territoire. Parce que « la langue peut être source de tension politique », et c'est là presque un euphémisme de le dire ainsi, l'« idéal » pour lui reste de « nier les

différences linguistiques » et de s'en tenir, sans plus de considérations, à l'utilisation d'une seule langue dans ses interactions avec les citoyens⁹⁶.

Mais l'État peut aussi être poussé à reconnaître « l'hétérogénéité linguistique » de sa population afin d'« assurer la cohabitation paisible sur son territoire »⁹⁷. Lorsqu'il décide d'intervenir de la sorte, c'est qu'il reconnaît qu'il y a « à la fois contacts, conflits et inégalités entre des langues en présence sur un même territoire donné, où coexistent donc de façon problématique des langues objectivement ou apparemment dominantes et dominées et donc des majorités et des minorités linguistiques »⁹⁸. Alors, les choix qu'il doit faire se trouvent guidés par de multiples facteurs. L'histoire plus ou moins agitée des relations entre la majorité et les minorités linguistiques qui peuplent son territoire est une donnée incontournable. Le poids démographique des unes et des autres, leur concentration géographique, leur poids politique et leur force économique, notamment, en sont d'autres⁹⁹.

Il peut être difficile de comprendre les fondements d'une politique linguistique lorsqu'on les considère de l'extérieur. Choisir d'encadrer les rapports entre les langues est toujours une décision dictée par un contexte particulier ; les droits linguistiques « peuvent difficilement être définis universellement »¹⁰⁰. Même du point de vue intérieur, ses fondements ne sont pas facilement entendus. « Pour la majorité, le concept même de “droits linguistiques” est souvent difficile à saisir, car elle n'a pas besoin, sauf cas exceptionnels, de “droits” pour protéger sa langue et sa culture. »¹⁰¹ Il n'est donc pas inutile de rappeler ici ce que peut comprendre la notion de « droits linguistiques » :

Les droits ou les garanties linguistiques confèrent une protection légale à l'usage d'une ou de plusieurs langues. Leur champ d'application est variable. Ils peuvent couvrir les services offerts au public par l'administration gouvernementale et la langue de travail parlée au sein de cette administration, le processus parlementaire et

⁹⁶ Michel DOUCET, Michel BASTARACHE et Martin RIOUX, « Les droits linguistiques : fondements et interprétation », dans Michel BASTARACHE et Michel DOUCET (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 3e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013, p. 1, p. 21.

⁹⁷ *Id.*, p. 21 et 22.

⁹⁸ Joseph-G. TURI, « Le droit linguistique et les droits linguistiques », (1990) 31-2 *C. de D.* 641, 642.

⁹⁹ Michel DOUCET, Michel BASTARACHE et Martin RIOUX, « Les droits linguistiques : fondements et interprétation », dans Michel BASTARACHE et Michel DOUCET (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 3e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013, p. 1, p. 21 et 22.

¹⁰⁰ *Id.*, p. 12.

¹⁰¹ *Id.*, p. 20. De là l'importance d'engager un dialogue. Voir par exemple Pierre A. COULOMBE, *Language Rights in French Canada*, New York, Peter Lang, 1997.

législatif, l'administration de la justice, l'éducation et, parfois même, certaines activités privées.¹⁰²

Au Canada, les droits linguistiques sont soumis au « rôle interprétatif déterminant » des tribunaux¹⁰³. Le juge est un acteur central dans le débat symétrie-asymétrie.

Si les lois ont un sens objectif et que le rôle du juge est de le décrire grâce à des méthodes d'interprétation¹⁰⁴, l'observateur se trouve rassuré. Il peut en prendre connaissance en lisant ce que le juge écrit, et s'il veut le modifier, il n'a qu'à proposer un changement législatif qui fera conséquemment fidèlement son apparition dans la jurisprudence. Celle-ci décrira à l'avenir nécessairement le nouveau sens véritable introduit conformément à la proposition de l'observateur.

Ainsi, constatant l'opposition du Québec et des minorités francophones dans le dossier des droits linguistiques, la francophonie canadienne peut résoudre son problème en faisant modifier la politique linguistique canadienne dans le sens de l'asymétrie. Que faire ? Il ne reste qu'à convaincre le législateur fédéral et le constituant de modifier leur intention au sujet des langues officielles. Si les lois ont un sens objectif et que l'interprétation est un acte de connaissance, l'asymétrie ne pourra ainsi qu'émerger. Juridiquement, les enjeux sont, abordés sous cet angle, assez simples.

Mais la réalité est plus complexe, car rien ne garantit que les motifs exposés par le juge pour justifier les conclusions qu'il retient soient effectivement les motifs qui fondent ses choix. Pour le dire en un mot, le juge n'est pas lié par les textes législatifs et constitutionnels. Il est entièrement libre de trancher comme il le souhaite, toujours. Surtout s'il siège à la Cour suprême du Canada puisque les décisions du plus haut tribunal sont toujours valides peu importe leur contenu ; elles ne sont ni vraies ni fausses, elles sont inattaquables¹⁰⁵.

¹⁰² Michel DOUCET, Michel BASTARACHE et Martin RIOUX, « Les droits linguistiques : fondements et interprétation », dans Michel BASTARACHE et Michel DOUCET (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 3e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013, p. 1, p. 23.

¹⁰³ *Id.*, p. 28.

¹⁰⁴ Voir Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 282 et 283.

¹⁰⁵ Certes, la clause dérogatoire de la *Charte canadienne* (art. 33) permet à un Parlement d'adopter une loi qui prévoit explicitement trouver effet malgré certaines dispositions de la *Charte canadienne* et leur interprétation par la Cour suprême. Mais son utilisation ne change rien à la validité inattaquable des décisions du plus haut tribunal. De plus, la clause dérogatoire cesse d'avoir effet au plus tard 5 ans après son entrée en vigueur (art. 33 [3], *Charte canadienne*). Donc, « après le délai de cinq ans, l'interprétation des juges prévaut *de facto* »

L'idée selon laquelle un document reprenant une intention peut contraindre un juge à rendre une décision plutôt qu'une autre est absurde. Visiblement, les mots eux-mêmes, les phrases inscrites sur un bout de papier, peu importe la nature de ce papier, n'ont jamais forcé personne à agir ou à ne pas agir. Comme l'indique la théorie réaliste de l'interprétation de Michel Troper : celui qui dispose d'un pouvoir absolu d'interpréter les lois ou la Constitution est le véritable législateur ou constituant (voir la sous-partie B] i] de la première partie de la thèse pour le détail de ces considérations théoriques ; nous y revenons aussi plus loin dans la présente introduction).

Cela dit, puisque le juge utilise toute sa liberté de façon à défendre et accroître sa sphère de compétence, il est évident qu'il n'agit pas n'importe comment. Pour que les autres acteurs se plient à ses décisions, il exerce ses fonctions à l'intérieur d'un cadre. Par exemple, il crée une jurisprudence en apparence cohérente, il rend des décisions respectant une certaine mesure de prévisibilité, il cache sa liberté d'action derrière le voile de textes législatifs et constitutionnels véhiculant un message qui s'imposerait à lui. Car, quelle crédibilité, quelle légitimité aurait un pouvoir judiciaire qui imposerait des décisions incohérentes, imprévisibles et qui en outre avouerait détenir toute la liberté de trancher n'importe quelle question n'importe comment ? Partant, « [l]e pouvoir du juge est à la mesure de sa modération »¹⁰⁶.

Pour le juge, l'une des stratégies susceptibles de consolider et d'accroître son pouvoir consiste à asseoir la jurisprudence sur une théorie de l'intention législative. Il soutient alors que la loi ou la Constitution contient un sens préexistant à ses décisions, déterminé par d'autres, et que son travail ne consiste qu'à découvrir ce sens pour enfin l'appliquer. On peut comprendre : qui peut blâmer le pouvoir judiciaire de trancher comme il tranche s'il le fait en fonction d'un texte ayant un sens préexistant ? Confrontée à une question difficile, la

(Marc CHEVRIER et David SANSCHAGRIN, « Le juge superlégislateur au Canada ou la politique par soustraction », dans Geoffrey GRANDJEAN et Jonathan WILDEMEERSCH [dir.], *Les juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 95, p. 102). À moins que le Parlement adopte de nouveau une loi indiquant explicitement trouver effet malgré certaines dispositions de la *Charte canadienne* et leur interprétation par la Cour suprême, qui cesse également d'avoir effet au plus tard 5 ans après son entrée en vigueur (art. 33 [4] et [5], *Charte canadienne*). Et ainsi de suite. En tout état de cause, cela ne change rien à la validité inattaquable des décisions du plus haut tribunal.

¹⁰⁶ Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 97.

stratégie sert à protéger l'institution. Les aspects possiblement controversés d'un verdict étant ainsi imputables à d'autres, par exemple au pouvoir législatif ou au constituant, il ne reste aux autres acteurs qu'à obéir aux décisions judiciaires en attendant de trouver ailleurs une solution pour calmer la controverse.

La jurisprudence portant sur les droits linguistiques au Canada n'échappe pas à ce dessein. De plus, les questions y sont toujours difficiles. Elles exigent l'interprétation de dispositions élaborées précisément pour le contexte canadien, offrant ainsi rarement aux juges l'occasion d'une jurisprudence étrangère pouvant être importée dans le respect de normes internationales. Elles donnent aux tribunaux le pouvoir de redistribuer des budgets déjà alloués à d'autres fins par les gouvernements, un pouvoir normalement exercé par les élus. Elles requièrent la création de nouvelles limites à la souveraineté des États, des limites qui exigent de ces derniers qu'ils interviennent positivement (alors que les tribunaux manipulent généralement des droits constitutionnels qui s'expriment négativement, imposant aux États de s'abstenir d'intervenir). Dans ce contexte, pour protéger la légitimité de leur pouvoir, les juges emploient une stratégie connue, appliquée cette fois à la question des droits linguistiques : ils répondent de l'intention législative sur les langues officielles (voir encore la sous-partie B] i] de la première partie de la thèse pour tous les détails de ces considérations théoriques ; nous y revenons aussi plus loin dans la présente introduction).

Au Canada, cette intention prend forme en cinq événements. Chacun d'eux, en 1867, 1969, 1982, 1988 et 2005, ajoute une pierre au même édifice. Il s'agit d'ériger et d'adapter une politique linguistique canadienne ; de définir le projet de deux langues officielles égales ; de concevoir des droits applicables simultanément dans des ressorts différents, dans des contextes différents, ou à travers tout le pays. Le juge appelé à trancher une question portant sur les droits linguistiques (lorsque les droits concernés sont ceux applicables au Québec et ailleurs au Canada) trouve dans ces cinq événements tout le matériel dont il a besoin pour donner une direction cohérente au débat symétrie-asymétrie¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Lorsque l'intention législative sur les langues officielles est explicitement brandie par un juge, ce sont les archives parlementaires qui lui servent de caution. Ce choix est critiquable, de nombreux documents essentiels à la compréhension des politiques linguistiques ne trouvent peut-être pas l'importance qu'ils devraient avoir, mais c'est ainsi. C'est le cas par exemple du *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme* Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1967-1970. Il est souvent cité comme élément de contexte général, mais jamais comme élément permettant de révéler l'intention législative sur les

Le cœur de l'intention législative sur les langues officielles au Canada se trouve dans la *Loi sur les langues officielles*, la loi fédérale adoptée en 1969, qui fêtait l'an passé son 50^e anniversaire. Elle en est le cœur pour deux raisons. D'une part, tout en déclarant l'égalité du français et de l'anglais, un projet qu'elle assied solidement sur les fondations retrouvées dans la L.C. 1867, la *Loi sur les langues officielles* énonce la première vision d'avenir de la politique linguistique canadienne. D'autre part, c'est cette vision qui, avec le relais qu'elle trouve dans la Constitution du pays lorsqu'elle y est enchâssée en 1982, est prolongée grâce au droit à l'instruction dans la langue de la minorité prévu dans la *Charte canadienne*. En 1988, la *Loi sur les langues officielles* est remplacée par une nouvelle loi fédérale (conservant le même nom) qui doit assurer sa concordance avec l'esprit qui anime la *Charte canadienne*¹⁰⁸. En 2005, la nouvelle *Loi sur les langues officielles* est mise à jour, toujours avec ce même objectif¹⁰⁹. Pour résumer, 1982, 1988 et 2005 sont le prolongement de l'événement de 1969, qui est lui-même fixé à celui de 1867.

Chacun des cinq événements, pris individuellement, ramène irrémédiablement à l'intention d'ériger un régime symétrique, où les langues française et anglaise, où les minorités francophones et la communauté anglo-qubécoise se voient octroyer des droits réciproques (là où ils s'appliquent). La division de la francophonie canadienne s'y trouve programmée.

À partir de l'événement de 1969, et pour les années qui suivent, les concepteurs de la politique linguistique canadienne ne peuvent ignorer que leur entreprise met le Québec et les francophones minoritaires dans des camps opposés. Pourtant, ils ne font rien pour l'éviter. C'est qu'à l'époque, à Ottawa, tous les yeux sont rivés sur l'unité canadienne qu'il faut solidifier. On se souvient de la célèbre mise en garde retrouvée en 1965 dans le rapport préliminaire de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, la commission fédérale coprésidée par André Laurendeau et Davidson Dunton qui ouvre la voie à l'intervention canadienne sur les langues officielles de 1969 : « le Canada traverse actuellement, sans toujours en être conscient, la crise majeure de son histoire. Cette crise a

langues officielles au Canada et de soutenir le *ratio decidendi*. La reconstitution des cinq événements que nous proposons dans la présente thèse est donc fondée sur les débats parlementaires qui se sont déroulés autour des textes législatifs en 1867, 1969, 1982, 1988 et 2005.

¹⁰⁸ *Loi sur les langues officielles*, L.C. 1988, C. 38.

¹⁰⁹ *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais)*, L.C. 2005, c. 41.

sa source dans le Québec ». Et plus loin : « Il en résultera soit la rupture, soit un nouvel agencement des conditions de son existence »¹¹⁰.

Dans les circonstances, le fait que la politique linguistique canadienne soit susceptible de diviser le Québec et la francophonie hors Québec peut ne pas avoir été envisagé à Ottawa comme une conséquence indésirable de l'entreprise. Cette division constitue au contraire un élément pouvant déstabiliser un mouvement québécois. À l'avenir, le Québec pouvait se voir opposer les minorités francophones, campées du côté fédéral sur la question du bilinguisme officiel. Évidemment, c'est la volonté souverainiste qui semble de plus en plus gagner la population québécoise et l'ambition d'ériger le Québec en État national qui sont à déstabiliser ou à combattre.

Dans le premier tome de son rapport, publié en 1967, la commission Laurendeau-Dunton suggère la reconnaissance des deux communautés nationales qui composent le Canada, la française et l'anglaise¹¹¹. Il faut dire que cette suggestion se trouvait déjà quelque part dans l'énoncé de son mandat, formulé ainsi : « faire enquête et rapport sur l'état présent du bilinguisme et du biculturalisme au Canada et recommander les mesures à prendre pour que la Confédération canadienne se développe d'après le principe de l'égalité entre les deux peuples qui l'ont fondée [...] ».

Mais au gouvernement fédéral, on croit plutôt de plus en plus que c'est justement ce qu'il faut éviter de faire si le pays ne veut pas s'engager sur la pente savonneuse du statut particulier pour le Québec qui mènera, croit-on, à son indépendance. Lorsque Pierre Elliott Trudeau devient premier ministre du Canada en 1968, il propose de « divorcer les concepts d'État et de nation » et de s'en tenir à deux langues officielles dans un pays multiculturel¹¹².

¹¹⁰ Cités dans Jean-Herman GUAY (dir.), « Dévoilement de l'énoncé du mandat de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme », *Bilan du siècle, Site encyclopédique sur l'histoire du Québec depuis 1900*, en ligne : <bilan.usherbrooke.ca/bilan/pages/evenements/1597.html> (consulté le 11 octobre 2019) ; Jean-Herman GUAY (dir.), « Publication du rapport préliminaire de la Commission d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme », *Bilan du siècle, Site encyclopédique sur l'histoire du Québec depuis 1900*, en ligne : <<http://bilan.usherbrooke.ca/bilan/pages/evenements/1712.html>> (consulté le 11 octobre 2019).

¹¹¹ Serge DUPUIS, *Deux poids deux langues : brève histoire de la dualité linguistique au Canada*, Québec, Septentrion, 2019, p. 80.

¹¹² *Id.*, p. 89. La pensée de Pierre Elliott Trudeau est approfondie dans la sous-partie A) ii) a) de la première partie de la présente thèse.

Le sociologue Hubert Guindon l'a décrit mieux que quiconque. Le projet de langues officielles tel que conçu par Trudeau est une façon d'agir sur le terrain de la reconnaissance sans reconnaître la principale minorité nationale du Canada, composée du Québec et des francophones hors Québec. Il s'agit même de nier son existence¹¹³. Avec la *Loi sur les langues officielles* de 1969, les différents programmes fédéraux de subventions qui s'y ajoutent pour encourager le leadership communautaire des francophones minoritaires et des Anglo-Québécois, l'enchâssement en 1982 du droit à l'instruction dans la langue des minorités francophone hors Québec et anglophone au Québec, etc., le pouvoir fédéral « crée deux minorités officielles ». Il confirme aussi l'égalité des provinces. Guindon décrit le projet de la façon suivante :

Lorsqu'on l'interrogea sur ses motifs de fonder la politique linguistique du pays sur les minorités officielles plutôt que sur les deux majorités du pays, il [Trudeau] répondit cyniquement : les majorités n'ont pas besoin de protection. En faisant des Québécois francophones une majorité, il s'évitait l'embarras d'avoir à les considérer comme une minorité nationale.¹¹⁴

Si Guindon parle de la « fiction légale des minorités officielles », « perçues et traitées de façon identique », c'est parce qu'il sait bien que les francophones hors Québec et les Anglo-Québécois n'ont en réalité rien en commun, ou presque¹¹⁵. Au Canada, et en Amérique du Nord, toutes les forces jouent en faveur de la langue anglaise et au détriment de toutes les autres langues ; surtout s'il s'agit moins de travailler à leur maintien comme objet de folklore que comme élément donnant forme à une société. Si la politique linguistique canadienne s'y acharne, c'est parce qu'elle veut « nier l'existence de [l]a minorité nationale » du Canada et « unifier les “minorités officielles” pour dénoncer les efforts d'affranchissement de celle-ci »¹¹⁶. Ainsi, la politique canadienne « désolidaris[e] les francophones hors Québec de la majorité québécoise » qui, se rangeant dans le camp fédéral du bilinguisme officiel et prenant parti contre l'intention de faire du Québec un État français, « tombent dans la souricière que leur a tendue le régime Trudeau »¹¹⁷.

¹¹³ Hubert GUINDON, « De l'usage “canadian” des minorités », (1995) 19 : 1-2 *Possibles* 172, 174 et 182.

¹¹⁴ *Id.*, 178.

¹¹⁵ *Id.*, 183.

¹¹⁶ *Id.*, 184.

¹¹⁷ *Id.*, 179 et 184.

Confronté aux francophones minoritaires sur l'enjeu linguistique, le gouvernement du Québec se trouve atteint dans sa prétention d'être le représentant du Canada français, ce qui n'est pas banal. Il s'agit alors de son argument le plus fort au soutien d'un statut particulier au sein de la fédération. Formulons-le ainsi : puisque le Québec représente un des peuples fondateurs du pays, le peuple français, celui-ci ne peut constituer une province comme les autres et doit donc se voir consentir un nouveau statut face au reste du Canada. Or, c'est précisément l'argument que cherche à contrecarrer la politique linguistique canadienne.

En reconnaissant une minorité officielle francophone hors Québec, le gouvernement fédéral pouvait vouloir s'assurer de sa loyauté pour qu'elle puisse ensuite se retourner contre le gouvernement du Québec. Contre Québec, car ces minorités francophones – voulant faire avancer les droits des individus à s'exprimer et à recevoir une éducation en français dans le reste du Canada – pouvaient trouver sur leur chemin un Québec désirant aller en sens inverse. C'est le propre de la politique linguistique canadienne : toute avancée pour les droits du français hors Québec vient avec pour contrepartie une avancée réciproque pour l'autre minorité officielle et les droits de la langue anglaise au Québec. « L'intervention du gouvernement fédéral est vue par plusieurs comme une façon d'utiliser les francophones [minoritaires] pour mâter le nationalisme du Québec et ainsi créer de la rivalité entre le Québec et les francophones hors Québec. »¹¹⁸ La littérature témoigne de cette intention prêtée au gouvernement fédéral¹¹⁹. Le projet est adopté en 1969, puis constitutionnalisé, réformé et mis à jour en 1982, 1988 et 2005. Mais il s'est rapidement déployé parce qu'il est fixé à l'événement de 1867.

Lorsque la question se judiciaire, les juges ne reprennent pas bêtement à leur compte ce programme politique. Pour convaincre, les juges lisent l'intention législative sur les langues

¹¹⁸ Anne-Andrée DENAULT, *Divergences et solidarité : une étude sociopolitique des rapports entre le Québec et les francophones d'Amérique*, Ottawa, Université d'Ottawa, thèse de doctorat, 2013, p. 40.

¹¹⁹ Voir Marcel MARTEL, « L'étrangeté des rapports entre le Québec, les communautés francophones en milieu minoritaire et le reste du Canada : perspectives historiques », dans Yvan LAMONDE et Robert LALIBERTÉ (dir.), *À la rencontre d'un Québec qui bouge*, Paris, Éditions du Comité des travaux historiques et scientifiques, 2008, p. 203, p. 211 ; Linda CARDINAL, « Sortir de la nostalgie, en finir avec le ressentiment : les francophones hors Québec et la coopération interprovinciale », dans Simon LANGLOIS et Jean-Louis ROY (dir.), *Les francophonies canadiennes et québécoise*, Québec, Nota Bene, 2003, p. 15, p. 18 ; Louis BALTHAZAR, « Le Québec et les minorités francophones du Canada », dans CONSEIL DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Pour un renforcement de la solidarité entre francophones au Canada : réflexions théoriques et analyse historique, juridique et sociopolitique*, Québec, Gouvernement du Québec, 1995, p. 81, p. 89.

officielles au Canada non pas événement par événement ou en pigeant dans les débats parlementaires, mais en y jetant un regard à partir des théories élaborées pour comprendre la problématique à laquelle les législateurs ou constituants ont voulu s'attaquer¹²⁰. Et ce, même dans les affaires où il est question d'autres droits linguistiques que le droit à l'instruction dans la langue de la minorité prévu dans la *Charte canadienne* ou les obligations relatives au bilinguisme législatif et judiciaire retrouvées dans la L.C. 1867. Toutes les théories portant sur l'intention législative relative aux langues officielles au Canada, formalisées par des politologues ou juristes qui considèrent que les cinq événements (1867, 1969, 1982, 1988 et 2005) forment un seul projet, pointent dans la même direction : l'édifice des langues officielles au Canada tient à une entente ; sans symétrie, sans réciprocité, toute sa construction s'effondre (voir toujours la sous-partie B] i] de la première partie de la thèse)¹²¹.

Ce n'est pas que les juges ne peuvent faire autrement. Rappelons qu'ils sont libres de trancher comme ils l'entendent. C'est plutôt que l'intention législative sur les langues officielles lue à travers les théories élaborées pour comprendre la problématique à l'étude, utilisée comme fondement, confère à leurs décisions un vernis de cohérence et de prévisibilité sans pareilles. Elle permet aussi, considérant la difficulté des questions, d'assurer une légitimité certaine à la jurisprudence. Cette intention est stratégiquement avantageuse pour les juges. Ils peuvent y cacher leur pouvoir. Elle leur donne aussi l'occasion de l'accroître dans des litiges mettant

¹²⁰ Selon Michel Troper, la « reconstruction à fonction théorique » de l'intention législative permet de trouver des solutions : Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 115. Autour des débats parlementaires, les discussions accrochent nécessairement sur l'importance qu'il faut attribuer à tel discours ou à tel autre, à l'interprétation qu'il faut donner à telle intervention faite dans tel contexte considérant que celui-ci diffère du contexte qui se pose devant le juge, etc. Mais autour des débats parlementaires lus à partir des théories élaborées pour comprendre la problématique soumise au regard des tribunaux, ces questions peuvent trouver des réponses et il est possible de dégager des solutions.

¹²¹ Ces théories ont été particulièrement bien documentées par les trois auteurs suivants : Joseph Eliot MAGNET, « Language Rights : Myth and Reality », (1981) 12 *R.G.D.* 261 ; Angéline MARTEL, « La politique linguistique canadienne et québécoise. Entre stratégies de pouvoir et identité », (1999) 2 : 2 *Globe* 37 ; Kenneth MCROBERTS, « Les politiques de la langue au Canada : un combat contre la territorialisation », dans Denis LACORNE et Tony JUDT (dir.), *La politique de Babel : du monolinguisme d'État au plurilinguisme des peuples*, Paris, Karthala, 2002, p. 155 ; Kenneth MCROBERTS, « La politique de l'édification nationale », dans François ROCHER et Benoît PELLETIER (dir.), *Le nouvel ordre constitutionnel canadien : du rapatriement de 1982 à nos jours*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2013, p. 99. Elles disent que la politique linguistique canadienne a été conçue à partir du mythe de l'égalité entre deux langues, deux majorités linguistiques et deux minorités linguistiques. Voir la sous-partie B) i) b) de la première partie de la présente thèse.

en cause jusqu'à l'unité canadienne. Les juges sont alors à même de positionner l'institution judiciaire au cœur du jeu politique.

Les droits linguistiques ne sont pas des droits fondamentaux comme les autres. Ils sont particulièrement rattachés au contexte canadien, à son histoire et à son territoire. Ils sont aussi très politiques. Les droits linguistiques ont été un enjeu important, voire central, à chaque étape du développement constitutionnel du Québec et du Canada. Ils ont accompagné la construction du pays, ils ont renforcé et fragilisé l'unité canadienne, ils ont pacifié et bouleversé les relations fédérales-provinciales, selon les époques.

Le juge, s'il veut entretenir l'illusion que son travail consiste à découvrir le sens véritable des textes législatifs, doit être particulièrement prudent lorsqu'il se risque à interpréter les droits linguistiques. L'argument le plus fort au soutien de ses motifs repose sur l'appel à l'intention des législateurs ou des constituants. En s'en revendiquant, le juge prend les moyens pour voir sa décision respectée, pour qu'elle devienne incontournable, pour qu'elle constitue la référence sur la question tranchée ; en se situant du côté de l'intention des auteurs des textes législatifs, le juge renforce son pouvoir.

Interprétant les droits linguistiques, le juge doit nécessairement se fonder sur leurs éléments distinctifs. Où peut-il alors trouver leur signification ? Dans les débats parlementaires ? Non. En soi, « les arguments tirés des travaux préparatoires [...] se combattent et s'annulent », car l'intention des auteurs du texte est souvent « multiple et incertaine »¹²². Dans « une analyse théorique » appuyée sur des arguments de droit positif et des théories tirées de la littérature ? Non plus. Car l'argumentation pourrait se retrouver « au service d'une thèse conçue pour d'autres raisons »¹²³. Ainsi, la meilleure stratégie qui s'offre au juge qui cherche à découvrir le sens véritable des droits linguistiques est certes de s'appuyer sur les archives parlementaires et une analyse théorique, mais surtout de le faire en passant par les théories élaborées pour comprendre la problématique particulière qui lui est soumise. En l'espèce, ce sont les théories de la conception de la politique linguistique canadienne qui, donnant une

¹²² Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 58 et 59.

¹²³ *Id.*, p. 59 à 63.

forme aux débats parlementaires et une portée décisive aux arguments de texte et d'auteurs, permettent au juge de se réclamer de l'intention législative sur les langues officielles¹²⁴.

La présente thèse fait cette démonstration. En respectant la chronologie des événements (les cinq événements qui constituent l'intention législative sur les langues officielles, entrecoupés par l'intervention des tribunaux construisant une jurisprudence sur les droits linguistiques), la thèse établit que les juges (qui demeurent libres de trancher comme ils l'entendent, mais qui s'imposent néanmoins un cadre afin de consolider et d'accroître leur pouvoir) ne savent faire autrement que de reprendre à leur compte l'intention législative sur les langues officielles au Canada et de conclure à la symétrie (lorsqu'il est question des droits applicables, notamment au Québec). Car les juges sont « stratégiquement rationnel[s] »¹²⁵. Conséquence : l'asymétrie de principes n'émerge pas¹²⁶.

¹²⁴ Michel Troper démontre que le seul moyen de déterminer si le roi partage ou non l'exercice du pouvoir en vertu de la Constitution française de 1791 est d'étudier la nature du droit de veto suspensif qui lui revient à partir d'une théorie construite spécifiquement pour comprendre cette question, c'est-à-dire « une théorie correcte de l'auteur de l'acte » ou une théorie « qui considère la participation des auteurs à la formation des actes juridiques » (*id.*, p. 63). Troper réitère cette méthode lorsqu'il pose la question de la conception de la constitution qui se trouve incorporée dans les textes (*id.*, p. 115). Dans la présente thèse, nous démontrons que les tribunaux canadiens empruntent cette même méthode pour interpréter les droits linguistiques.

¹²⁵ Christophe GRZEGORCZYK, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 25, p. 27.

¹²⁶ Le juge est stratégique. Interprétant les droits linguistiques au Canada, le juge est venu à croire qu'il valait mieux pour lui de s'appuyer sur l'intention législative, qu'il trouve le plus souvent dans une étude historique. L'importance particulière du recours à l'histoire dans la jurisprudence relative à l'interprétation des droits linguistiques canadiens est attestée (voir Patrick TAILLON et Amélie BINETTE, « Une théorie "vivante" de l'interprétation pour un cadre constitutionnel désuet », dans l'Annuaire international de justice constitutionnelle, 33-2017, *Juge constitutionnel et interprétation des normes. Le juge constitutionnel face aux transformations de la démocratie*, 2018, p. 201, p. 209 à 211). De même, les 37 décisions analysées en l'espèce témoignent sans conteste de l'importance accordée à l'histoire législative, qui apparaît dans pratiquement chacune d'entre elles. La présente thèse démontre que cette stratégie sert le pouvoir du juge ; on comprend donc qu'elle soit retenue. Maintenant, Michel Troper indique que l'une des méthodes permettant de donner forme à l'intention législative est de l'aborder à partir de théories construites pour comprendre la problématique à l'étude. Inutile d'insister là-dessus : il doit y avoir une méthode pour trouver l'intention législative, autrement la stratégie judiciaire ne saurait convaincre. Pour ce qui est des droits linguistiques, la stratégie consiste à lire l'intention législative en se fondant sur les théories de la conception de la politique linguistique canadienne. La présente thèse n'indique pas que ces théories formalisées par les auteurs précités (Joseph Eliot Magnet, Angéline Martel et Kenneth McRoberts) sont citées dans la jurisprudence. La présente thèse démontre plutôt que le mythe de l'égalité – théorisé par ces auteurs – revient explicitement dans plusieurs des 37 décisions pertinentes, et que l'histoire législative – qui donne vie à ce mythe canadien – est utilisée dans presque toutes ces décisions. Troper nous permet ainsi de mettre le doigt sur ce qui peut être la méthode dernière la stratégie judiciaire observée. Et avec cette stratégie, c'est l'interprétation symétrique qui triomphe. Enfin, on comprend que l'interprétation symétrique s'imposera tant que le juge sera d'avis que la meilleure stratégie pour lui est de s'appuyer sur l'intention législative trouvée grâce aux théories de la conception de la politique linguistique canadienne.

Deuxième hypothèse :

L'asymétrie de principes n'émerge pas, et c'est ainsi notamment parce que les juges, qui sont des acteurs stratégiques, ont institutionnellement intérêt à retenir une interprétation symétrique des droits linguistiques constitutionnels.

Méthode :

Relever, en utilisant la théorie réaliste de Michel Troper comme outil d'analyse, les justifications récurrentes utilisées par les juges pour motiver leurs conclusions dans les 37 décisions judiciaires pertinentes.

Alors, que faire ?

Pour une francophonie politique

L'événement de 1969, tout particulièrement, et les éléments qui s'y rajoutent par la suite en 1982, 1988 et 2005, influencent « la manière dont les minorités francophones et anglo-québécoises formulent leurs revendications et se représentent »¹²⁷. Autrement dit, la création de « minorités officielles » fait son œuvre, et, adaptant leur discours au contexte juridique (en n'oubliant pas dans ce portrait le processus de formulation du droit par les tribunaux), « certains organismes francophones acceptent leur catégorisation en tant que “groupes de langue officielle en situation minoritaire” »¹²⁸. Dans les circonstances, et si doute il y avait à cet effet, il n'est pas inutile de préciser ici qu'il existe une telle chose qu'une francophonie canadienne à réconcilier.

Malgré les divisions qui reviennent périodiquement, des auteurs cherchent à trouver ce qui peut unir¹²⁹. On rappelle alors la persistance des relations entre le Québec et les francophones

¹²⁷ Serge DUPUIS, *Deux poids deux langues : brève histoire de la dualité linguistique au Canada*, Québec, Septentrion, 2019, p. 15 et 16.

¹²⁸ *Id.*, p. 113.

¹²⁹ Voir Anne-Andrée DENAULT, *Divergences et solidarité : une étude sociopolitique des rapports entre le Québec et les francophones d'Amérique*, Ottawa, Université d'Ottawa, thèse de doctorat, 2013 ; Simon LANGLOIS et Jean-Louis ROY (dir.), *Les francophonies canadiennes et québécoise*, Québec, Nota Bene, 2003 ; Marcel MARTEL (dir.), *Les États généraux du Canada français, trente ans après : actes du colloque tenu à l'Université d'Ottawa les 5, 6 et 7 novembre 1997*, Ottawa, Centre de recherche en civilisation canadienne-française de l'Université d'Ottawa, 1998 ; CONSEIL DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Pour un*

minoritaires. Certaines sont plus institutionnalisées, prenant concrètement la forme d'un appui financier du gouvernement québécois à des activités liées à la promotion du français hors Québec, par exemple dans le cadre de partenariats culturels ou dans le développement de services gouvernementaux en français à l'extérieur du Québec. Il existe aussi des liens plus difficiles à définir, mais non moins réels, qui s'expriment notamment lorsque les Québécois démontrent qu'ils ne sont pas insensibles au sort réservé aux minorités francophones ou lorsque ces dernières réagissent à ce qui se dit au Québec. « [L]es relations ne sont pas seulement guidées par des intérêts spécifiques et instrumentalisées. »¹³⁰

Le professeur de droit Pierre Foucher observe l'existence d'un « Canada français qui n'ose pas se nommer »¹³¹. La politologue Anne-Andrée Denault défend la thèse « des divergences et de la solidarité » en s'appropriant la notion d'« intention vitale du Canada français » développée par les sociologues Joseph Yvon Thériault et Martin Meunier. Denault y donne toutefois une portée particulière : selon elle, la notion relève « de l'existence de liens trouvant leur source dans le partage d'une culture et d'une histoire commune »¹³². La politologue va même plus loin : « Dans cette relation qui subsiste et que nous avons qualifiée de solidaire, existe un sentiment d'appartenance, quelque chose d'invisible qui unit les collectivités francophones de l'Amérique du Nord. Ce sentiment collectif, difficilement identifiable semble trouver sa force entre autres dans le partage d'un statut de minoritaire en Amérique. »¹³³ En plus des relations bien concrètes, Denault parle de « quelque chose

renforcement de la solidarité entre francophones au Canada : réflexions théoriques et analyse historique, juridique et sociopolitique, Québec, Gouvernement du Québec, 1995.

¹³⁰ Anne-Andrée DENAULT, *Divergences et solidarité : une étude sociopolitique des rapports entre le Québec et les francophones d'Amérique*, Ottawa, Université d'Ottawa, thèse de doctorat, 2013, p. 246.

¹³¹ Pierre FOUCHER, « Droits et lois linguistiques : le droit au service du Canada français », dans Joseph Yvon THÉRIAULT, Anne GILBERT et Linda CARDINAL (dir.), *L'espace francophone en milieu minoritaire au Canada : Nouveaux enjeux, nouvelles mobilisations*, Montréal, Fides, 2008, p. 463, p. 508.

¹³² Anne-Andrée DENAULT, *Divergences et solidarité : une étude sociopolitique des rapports entre le Québec et les francophones d'Amérique*, Ottawa, Université d'Ottawa, thèse de doctorat, 2013, p. 61.

¹³³ *Id.* L'observation vaut malgré ce qu'impose la politique linguistique canadienne, tel que le relève le sociologue Hubert Guidon : « Les Canadiens français constituent une minorité nationale à l'intérieur d'un État qui ne les reconnaît pas comme tel. » (Stéphane STAPINSKY, « L'insoumission sociologique. Entretien avec Hubert Guidon », *Encyclopédie de l'Agora*, 1^{er} avril 2012, en ligne :

<agora.qc.ca/documents/hubert_guidon--linsoumission_sociologique_entretien_avec_hubert_guidon_par_stephane_stapinsky> [consulté le 9 octobre 2019].)

d'invisible », avec « une part de psyché » et « une part d'émotion », des rapports trouvant leur source notamment dans « un imaginaire commun »¹³⁴.

En proposant la notion d'« intention vitale du Canada français », Thériault et Meunier se portent à la défense d'« une certaine intention nationale » toujours persistante chez les francophones hors Québec¹³⁵. Malgré la politique linguistique canadienne, qui « dénationalis[e] » la reconnaissance du caractère officiel du français, qui « désubstantialis[e] » la langue et « dissoci[e] » celle-ci de la culture, « la logique des deux nations » reste, clament les auteurs¹³⁶. Résultat : « bon gré, mal gré, une certaine idée du Canada français qui structure toujours l'identité et l'imaginaire politique des francophones du Canada » peut être observée¹³⁷.

Thériault et Meunier utilisent ce qu'ils nomment « une certaine intention nationale » pour expliquer ce qui guide les communautés francophones hors Québec dans leurs actions. Sans celle-ci, sans la conscience de constituer autre chose que des groupes ethniques parmi d'autres, sans le refus d'inscrire leur expérience collective dans le récit des vagues successives d'immigration appelées à intégrer la mesure dominante de l'américanité, que resterait-il aujourd'hui des minorités francophones au Canada ? La même proposition pourrait évidemment être étendue à une réflexion sur la réalité québécoise : sans l'ambition de former une société globale générant ses propres référents et capable d'intégrer les immigrants, comment expliquer la vitalité de l'héritage français dans le Québec d'aujourd'hui ?

Bref, Thériault et Meunier appliquent la notion d'« intention vitale du Canada français » aux francophones hors Québec pour illustrer ce qui motive ces communautés à poursuivre, avec et au-delà de la politique linguistique canadienne, leur expérience collective. Denault se l'approprie pour défendre la thèse « des divergences et de la solidarité », qui fait ressortir la persistance des relations entre le Québec et les francophones minoritaires unis par le

¹³⁴ Anne-Andrée DENAULT, *Divergences et solidarité : une étude sociopolitique des rapports entre le Québec et les francophones d'Amérique*, thèse de doctorat, Université d'Ottawa, 2013, p. 246.

¹³⁵ Joseph Yvon THÉRIAULT et Martin MEUNIER, « Que reste-t-il de l'intention vitale du Canada français », dans Joseph Yvon THÉRIAULT, Anne GILBERT et Linda CARDINAL (dir.), *L'espace francophone en milieu minoritaire au Canada : nouveaux enjeux, nouvelles mobilisations*, Montréal, Fides, 2008, p. 205.

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ *Id.*

sentiment de partager un destin commun au Canada¹³⁸. Enfin, nous reprenons à notre compte la notion d'« intention vitale du Canada français » pour préciser qu'il existe, en additionnant le Québec et les francophones minoritaires, une francophonie canadienne à réconcilier. Des auteurs croient même que le contexte politique actuel, notamment avec l'élection du gouvernement de François Legault à Québec en octobre 2018, est propice à l'entreprise¹³⁹. Il faut dire qu'un sommet sur le « rapprochement des francophonies canadiennes », organisé par le gouvernement du Québec en partenariat avec la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada, doit avoir lieu au mois de juin 2021 dans la capitale québécoise¹⁴⁰. On y est donc.

Une étude juridique plus classiquement positiviste enchaînerait probablement, en dernière analyse, avec des idées qui pourraient être réutilisées par des juges et des avocats. Impliqués directement dans le contentieux des droits linguistiques au Canada, ces acteurs trouveraient des arguments leur permettant d'influencer la jurisprudence pour que leur conception des droits linguistiques triomphe ou que l'intérêt de leurs clients l'emporte. L'objectif de la présente thèse est toutefois tout autre. Le problème étant profond, on n'est pas à un argument près de voir émerger l'asymétrie de principes. La solution est d'un autre ordre.

Il y a 50 ans, en 1969, Pierre Elliott Trudeau voyait à l'adoption de la *Loi sur les langues officielles*. Fondée sur les bases élaborées en 1867, constitutionnalisée, prolongée et mise à

¹³⁸ Le sentiment contredit les termes de la politique linguistique canadienne, qui considèrent comme minoritaires non pas le Québec et les minorités francophones, formant ensemble pourtant la principale minorité nationale du Canada, mais les minorités officielles francophones hors Québec et anglophone du Québec. Le sentiment colle toutefois à l'opinion majoritaire du Comité des droits de l'homme de l'ONU dans l'affaire *Ballantyne*, où l'organisme écrit que « [l]es citoyens canadiens anglophones [au Québec] ne peuvent être considérés comme une minorité linguistique » ; la minorité linguistique c'est plutôt « la minorité francophone au sein du Canada », qui comprend les francophones du Québec : *Ballantyne c. Canada*, communication no 359/1989, et *McIntyre c. Canada*, communication no 385/1989, CCPR/C/47/D/385/1989, 5 mai 1993, par. 11.2 et 11.4.

¹³⁹ C'est le cas du sociologue Joseph Yvon Thériault. Voir Frédéric DUPRÉ, « Entrevue avec Joseph-Yvon Thériault : Le réveil du Québec pour la francophonie canadienne », *Francopresse*, 24 décembre 2018, en ligne : <https://www.francopresse.ca/2018/12/24/entrevue-avec-joseph-yvon-theriault-le-reveil-du-quebec-pour-la-francophonie-canadienne/?fbclid=IwAR1KR_3R_pl3eZkhLbqbv-PA85XKRZY2I20rie_TSkekTFxoMd913GEv4Fw> (consulté le 29 mai 2019) ; Réjean BOURDEAU, « Un nouveau cycle autonomiste s'ouvre pour le Québec », *La Presse Plus*, 3 mars 2019, en ligne : <http://plus.lapresse.ca/screens/13236549-17f9-4151-9a8b-6c12adb79ff1__7C__0.html> (consulté le 29 mai 2019). Voir aussi François-Olivier DORAIS et Jean-François LANIEL, « Éléments de réflexion pour une repolitisation du Canada français », (février 2019) *L'Action nationale* 41.

¹⁴⁰ SECRÉTARIAT DU QUÉBEC AUX RELATIONS CANADIENNES, « Sommet sur le rapprochement des francophonies canadiennes », Gouvernement du Québec, en ligne : <<https://www.quebec.ca/sommet-sur-le-rapprochement-des-francophonies-canadiennes/a-propos/>> (consulté le 1^{er} juillet 2020).

jour en 1982, 1988 et 2005, cette loi piégeait le Québec et polluait tout le débat sur les droits linguistiques en programmant la division de la francophonie canadienne¹⁴¹. Mais dédramatisons : si cette intention législative sur les langues officielles est depuis irrésistiblement reprise par les tribunaux, c'est seulement parce qu'elle apparaît aux juges comme la meilleure stratégie pour protéger l'institution judiciaire.

La présente thèse déconstruit les mécanismes qui provoquent la division de la francophonie. Un événement, celui de 1969, a su donner un élan à un projet ; il réinterprète l'événement fondateur de 1867, il annonce ce qui doit lui être ajouté en 1982 et pour la suite. Mais l'histoire n'est pas écrite d'avance. Elle ne l'a jamais été. Un nouvel élan peut être donné dans une direction opposée, forçant les juges à adopter une nouvelle stratégie leur permettant d'arriver à leurs fins.

Le cadre d'action que s'imposent les tribunaux découle des contraintes juridiques qui pèsent sur chaque acteur participant au fonctionnement et à l'évolution du système. Sont ainsi visés les juges, avocats, procureurs généraux, gouvernements, premiers ministres, administrateurs publics, législateurs, constituants, etc. Michel Troper illustre son propos à l'aide d'une analogie. Comme dans une partie d'échecs, outre les contraintes matérielles, les joueurs sont libres de déplacer leurs pièces comme ils le souhaitent. Les règles du jeu ne forcent aucun d'entre eux à les jouer d'une façon ou d'une autre. Le respect des règles, ou leur interprétation, relève plutôt d'une stratégie. Ainsi, comme le joueur qui cherche la reconnaissance par la communauté des joueurs d'échecs, le juge inscrit son action dans un certain cadre.

Dans une partie d'échecs, le joueur déplace ses pièces pour répondre au jeu de son adversaire. Chaque mouvement est une décision. Chaque décision révèle un choix influencé par les mouvements précédents du joueur adverse, qui à son tour cherche à influencer ce dernier. Pour remporter la partie, le joueur est contraint de déplacer ses pièces de façon à éviter de mettre son roi en *échec*, et de façon à capturer celui de son adversaire par l'*échec et mat*.

¹⁴¹ Le sociologue Hubert Guindon observe le phénomène d'un autre angle. Il parle des francophones hors Québec qui, embrigadés dans le camp fédéral et poussés à se désolidariser du Québec, « tombent dans la souricière que leur a tendue le régime Trudeau » : Hubert GUINDON, « De l'usage "canadian" des minorités », (1995) 19 : 1-2 *Possibles* 172, 184.

Plus la partie avance, plus les contraintes deviennent pressantes ; le jeu se resserre, les possibilités se raréfient et le meilleur coup peut finalement être de prendre la seule décision qui pouvait être prise. Malgré toute la liberté du joueur, on dira alors que celui-ci n'avait plus le choix. Il était contraint, car « tout joueur compétent aurait nécessairement joué ce même coup »¹⁴². Ainsi, la contrainte juridique force le juge à prendre la décision qui assure sa légitimité auprès des autres acteurs. Il peut se sentir plus ou moins contraint selon les contextes.

La francophonie ne peut poser une nouvelle pierre à l'édifice de l'intention législative sur les langues officielles au Canada. Elle est minoritaire. Elle ne dispose pas non plus, pour la même raison, du pouvoir de nommer les juges de la Cour suprême du Canada ou des autres tribunaux les plus importants du pays. Ce pouvoir relève exclusivement du gouvernement fédéral. Cependant, la francophonie peut agir sur les contraintes juridiques qui pèsent sur les juges, voire en créer de nouvelles, de façon à forcer l'émergence de l'asymétrie de principes. L'exécutif fédéral est un lieu très important de pouvoir au Canada, mais il n'est pas le seul. Tous les acteurs, même ceux qui ne contrôlent pas le gouvernement fédéral, participent à la création des contraintes juridiques.

Dans le monde des échecs, les contraintes ne se pensent pas que dans les officines de la Fédération internationale des échecs (FIDE), là où sont officialisées les règles du jeu. Dans une partie, chaque joueur, peu importe son calibre, est un acteur qui crée des contraintes pour son adversaire. L'analogie a ses limites, mais comme tout joueur d'échecs, la francophonie canadienne, qui dispose toujours de lieux de pouvoir – un État fédéré (constitué des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire), des municipalités, des hôpitaux, des structures scolaires, la capacité de peser de l'intérieur sur les décisions prises par le cabinet fédéral ou de contrôler l'opposition officielle à la Chambre des communes, etc. –, peut créer des contraintes juridiques dans le contentieux des droits linguistiques au Canada. Elle doit toutefois savoir déplacer ses pièces en conséquence. Une nouvelle alliance entre le Québec et les minorités francophones, libérés d'une dynamique de quémandeurs, est nécessaire.

¹⁴² Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Michel TROPER, « Introduction », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 1, p. 3.

Pour le dire autrement, il existe une typologie des contraintes juridiques. Selon Michel Troper, les « contraintes » désignent « l'ensemble des données juridiques dont le juge constitutionnel doit tenir compte »¹⁴³. Évidemment, il existe aussi des contraintes extrajuridiques, qui relèvent de la psychologie, la sociologie, l'économie, les croyances morales ou religieuses, etc. Mais la théorie de Troper, bien qu'elle soit consciente de l'existence de ces contraintes extrajuridiques, porte sur le phénomène juridique. Ainsi, lorsqu'elle parle de « contraintes », elle vise des « facteurs proprement juridiques, c'est-à-dire qui tiennent à l'organisation constitutionnelle générale »¹⁴⁴.

Parmi les contraintes juridiques, certaines sont considérées comme « externes », d'autres « internes ». Les contraintes externes touchent au dialogue ou à la compétition institutionnels qui existent au sein de l'État. Puisque le tribunal évolue avec d'autres tribunaux et d'autres institutions, « [l]e juge doit nécessairement tenir compte des réactions possibles des autres autorités »¹⁴⁵. Il rédige donc ses décisions tout en sachant qu'il peut être destitué, que de nouveaux juges peuvent être ajoutés autour de lui, que la Constitution peut être amendée en réaction à une décision judiciaire ou pour modifier ses champs de compétence, etc. Inutile d'insister : ces « réactions possibles » pèsent quelque part sur le travail du juge.

On peut rapprocher ces contraintes externes – quoique imparfaitement – et celles d'un autre type, qualifié par Troper de « contraintes au sens fort ». Elles « résultent de règles constitutives, c'est-à-dire de règles qui ne se bornent pas à prescrire une conduite, mais la constituent en ce sens que c'est l'observation de ces règles, qui permettent de la qualifier »¹⁴⁶. Troper illustre les contraintes au sens fort de la façon suivante : « “[L]e mariage doit être célébré par un officier d'état civil” signifie qu'une cérémonie qui serait célébrée par un autre que l'officier d'état civil ne serait pas un mariage au sens juridique du terme »¹⁴⁷. On peut penser que les règles qui indiquent que les lois sont adoptées par telle institution ou celles qui prévoient que les jugements de tel tribunal sont rendus par tel juge sont également des

¹⁴³ Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 343.

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 95.

¹⁴⁷ *Id.*

contraintes au sens fort. « De telles contraintes, nous dit Troper, ne pèsent évidemment pas sur l'activité d'interprétation. »¹⁴⁸

Les contraintes internes touchent « à la nécessité de justifier les décisions »¹⁴⁹. Certaines s'imposent au juge qui cherche nécessairement à défendre sa pertinence. Troper les décrit ainsi :

Le juge entend en effet donner à sa décision la plus grande efficacité possible, c'est-à-dire s'il veut faire en sorte qu'elle produise des effets, non seulement *in concreto*, grâce à l'annulation d'une loi, mais aussi *in abstracto*. La motivation a pour fonction non seulement de justifier la décision prise *in concreto* en montrant qu'elle dérive logiquement d'un texte ou d'un principe, mais aussi – et surtout – d'affirmer l'objectivité de ce principe ou de la signification de ce texte. La norme qui aura été ainsi établie pourra alors s'imposer aux autres autorités constitutionnelles. Au Parlement, parce qu'il sera clair que toute future loi qui y contreviendrait serait à son tour jugée contraire à la constitution. Aux autres juridictions, parce que, dans la même matière, elles pourront difficilement éviter de dériver leurs propres décisions de cette même norme, sauf à établir l'existence objective d'un autre principe plus général, qui justifierait une exception. La motivation est donc un procédé pour tenter d'enfermer les autres organes dans une logique, dont ils ne pourront pas s'échapper. (*références omises*)¹⁵⁰

D'autres contraintes internes découlent des conséquences du travail judiciaire lui-même. Troper poursuit :

Mais, cette logique contraint également le juge constitutionnel lui-même, parce que s'il a affirmé une fois l'existence objective d'une norme, il ne peut par la suite ignorer cette norme et il lui faut ou bien en faire dériver d'autres décisions *in concreto* ou bien, comme dans le cas des autres autorités juridictionnelles, construire une norme plus générale justifiant qu'on apporte des exceptions à la première. [...] [L]orsque le principe ou l'interprétation ont déjà été établis, ils exercent une contrainte très forte dans la production de la décision particulière. Cette construction complexe, qui n'est autre que la jurisprudence, ne s'explique pas, comme on le dit parfois, par le simple souci ou par une quelconque obligation de cohérence, mais seulement par la nécessité. Le juge est poussé à la cohérence parce que c'est le seul moyen dont il dispose pour tenter de lier les autres.

[...]

[...] Comme le joueur d'échecs, il [le juge] est juridiquement libre, il a le droit d'adopter plusieurs solutions, mais le plus souvent il est contraint d'en choisir une,

¹⁴⁸ *Id.*

¹⁴⁹ Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 343.

¹⁵⁰ *Id.*, p. 344.

sous peine de perdre toute influence sur les décisions des autres. (*références omises*)¹⁵¹

On peut rapprocher ces contraintes internes – au moins un peu – et celles d’un autre type, qualifié par Troper de « contraintes au sens faible ». Elles s’observent « lorsque des normes ont placé un individu ou un organe dans une situation telle qu’il lui faut se comporter d’une certaine manière pour agir de façon raisonnable et efficace »¹⁵². Ce sont les contraintes au sens faible qui jouent sur le juge qui, siégeant dans une affaire au sein d’un tribunal qui rend ses décisions en collégialité, déploie des efforts pour convaincre ses collègues de joindre les motifs qu’il croit appropriés. Ce sont également ces contraintes qui s’activent lorsque les relations de pouvoirs convainquent une institution d’agir avec modération « non pas pour éviter des conséquences fâcheuses, mais pour accroître son pouvoir »¹⁵³. Troper le dit ainsi :

[S]i l’on définit le pouvoir de façon positive, comme la capacité de déterminer le comportement d’autrui, alors on accroît son pouvoir non pas en décidant selon ses caprices, mais au contraire en énonçant des règles générales et stables qui permettront aux hommes de prévoir les conséquences de leurs actions et donc de choisir parmi les conduites possibles celles qui leur seront les plus profitables. En s’affranchissant des lois, on prescrit pour une classe particulière d’actions, en s’y soumettant, c’est une classe générale qu’on régit.¹⁵⁴

On comprend que ce sont les contraintes internes et les contraintes au sens faible qui peuvent spécialement intéresser le Québec et les minorités francophones, qui pourraient vouloir envisager une action pour provoquer l’émergence de l’asymétrie de principes. Dans leur *Proposition pour une théorie des contraintes juridiques*, Véronique Champeil-Desplats et Michel Troper, des collègues juristes de l’école de Nanterre à Paris, confirment ce qui précède. Les contraintes peuvent : 1) avoir des effets sur le discours juridique, en induisant par exemple la création d’une nouvelle norme juridique ; 2) amener les juges, à différents degrés, à adopter une voie plutôt qu’une autre pour parvenir à leurs fins ; et 3) limiter les choix des juges en les incitant à respecter une norme juridique qu’ils ont eux-mêmes préalablement créée¹⁵⁵.

¹⁵¹ *Id.*, p. 344-345.

¹⁵² Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l’État*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 95.

¹⁵³ *Id.*, p. 96.

¹⁵⁴ *Id.*

¹⁵⁵ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Michel TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 11, p. 16 à 23.

Dans la sous-partie B) ii) de la deuxième partie de la présente thèse, avant la conclusion générale, on cherche à voir comment une francophonie en marche peut agir sur la question de l'interprétation asymétrique. En découlent des propositions visant à ajouter à la configuration du système juridique des éléments reconnus comme susceptibles de resserrer les choix possibles des juges de la Cour suprême afin de forcer l'émergence du type d'asymétrie dont a besoin la francophonie pour se réconcilier : l'asymétrie de principes¹⁵⁶. Au-delà des termes de la politique linguistique canadienne et de l'impulsion qui lui est donnée par les tribunaux, il existe ce que Thériault et Meunier nomment « l'intention vitale du Canada français ». Il faut s'en inspirer pour concevoir la suite.

Troisième hypothèse :

Le Québec et les francophones minoritaires peuvent contribuer à faire émerger l'asymétrie de principes en rendant celle-ci institutionnellement avantageuse pour les juges, qui sont des acteurs stratégiques.

Méthode :

Dégager, à l'aide de la théorie des contraintes juridiques développée par Véronique Champeil-Desplats et Michel Troper, des actions – que peuvent poser les acteurs juridiques de la francophonie canadienne – susceptibles de contraindre les juges à favoriser l'interprétation asymétrique des droits linguistiques constitutionnels.

Le réalisme juridique a quelque chose à dire à propos de la jurisprudence canadienne portant sur les droits linguistiques. Cette conception du droit, ou ce qui réunit les auteurs qui s'y rattachent¹⁵⁷, est la mieux outillée pour expliquer notamment les allers-retours que ne cesse

¹⁵⁶ La démarche s'inscrit dans la suite des travaux de Éric MILLARD, « Les contraintes, entre ressources stratégiques et théorie de la régularité », (2012) 55 *Droits* 23 ; Brice CROTTET, « Une tentative de reformulation de la théorie des contraintes : application à la question de la fragmentation du droit internationale », (2012) 7 *Jus Politicum* 1 ; Cathie-Sophie PINAT, *Le discours de l'avocat devant la Cour de cassation. Étude de théorie du droit*, thèse de doctorat, Université de Montpellier, 2015.

¹⁵⁷ Les réalistes se distinguent par leur « scepticisme à l'égard d'une objectivité quelconque de la signification juridique » et sont d'avis « qu'aucune signification ne s'impose par elle-même à l'interprète ou encore, sous une forme différente, qu'il n'existe aucune signification juridique avant l'interprétation » : Pierre BRUNET, « Le réalisme n'est-il qu'une théorie de l'interprétation ? », dans *Réalisme, interprétation, transgression*, France, Larcier, 2013, archive ouverte pluridisciplinaire HAL, en ligne : <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00840601/document>> (consulté le 2 juillet 2018). Pour les réalistes, « [l]e discours du juge devient ainsi un objet principal pour identifier et observer le droit » : Xavier MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008, p. 129.

de faire la Cour suprême du Canada depuis 40 ou 50 ans sur une des questions qui se posent dans l'interprétation des droits linguistiques. Le phénomène particulier à ce domaine du droit est documenté. C'est ce que le professeur Daniel Proulx appelle la « valse-hésitation incessante » ou la « redéfinition continue des normes linguistiques par la voie jurisprudentielle »¹⁵⁸. Qu'en est-il exactement de ce phénomène ?

Au cours des années 1970 et jusqu'au milieu des années 1980, la Cour suprême accorde une « interprétation large, libérale et évolutive » aux droits linguistiques¹⁵⁹. Ainsi, dans l'arrêt *Jones* (1975), les deux arrêts *Blaikie* (1979 et 1981) et le *Renvoi manitobain* de 1985, le plus haut tribunal retient l'interprétation qui favorise le plus la progression de ces droits. Par exemple, l'expression « lois de la législature » retrouvée à l'article 133 de la L.C. 1867 est étendue afin de comprendre les règlements du gouvernement, et l'obligation de bilinguisme législatif et judiciaire qui s'y retrouve est interprétée d'une telle façon que son non-respect devient un motif d'invalidité, même si le non-respect peut avoir été le fait d'une pratique presque centenaire. Durant cette période, la Cour suprême donne donc aux droits linguistiques une interprétation « nettement plus large que ne le suggérerait la lecture du texte de la loi »¹⁶⁰. Et la doctrine accueille favorablement cette approche¹⁶¹.

Vient ensuite 1986. Cette année-là, la Cour suprême fait un « virage à 180 degrés »¹⁶². Dans trois décisions publiées simultanément, les arrêts *Bilodeau*, *MacDonald* et *Société des Acadiens*, le plus haut tribunal annonce « que les tribunaux doivent faire preuve de retenue dans l'interprétation des droits linguistiques, puisque ces droits tirent leur origine, contrairement aux autres droits fondamentaux, d'un compromis politique »¹⁶³. C'est ainsi que le droit de s'adresser à un tribunal en français ou en anglais, au choix du justiciable, est

¹⁵⁸ Daniel PROULX, « Les droits linguistiques au Canada : un nouveau paradigme », dans Pierre NOREAU et José WOEHLING (dir.), *Appartenances, institutions et citoyenneté*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 259.

¹⁵⁹ *Id.*, p. 262.

¹⁶⁰ Allan RIDDELL, « À la recherche du temps perdu : la Cour suprême et l'interprétation des droits linguistiques constitutionnels dans les années 80 », (1988) 29 *C. de D.* 829, p. 839.

¹⁶¹ Voir André TREMBLAY, « L'interprétation des dispositions constitutionnelles relatives aux droits linguistiques », (1983) 13 *Man. L.J.* 651.

¹⁶² Daniel PROULX, « Les droits linguistiques au Canada : un nouveau paradigme », dans Pierre NOREAU et José WOEHLING (dir.), *Appartenances, institutions et citoyenneté*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 259, p. 265.

¹⁶³ Michel DOUCET, Michel BASTARACHE et Martin RIOUX, « Les droits linguistiques : fondements et interprétation », dans Michel BASTARACHE et Michel DOUCET (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013, p. 1, p. 59 et 60.

par exemple déclaré ne pas inclure le droit d'être compris dans l'une ou l'autre de ces langues par un juge. Cette approche, « irréconciliable avec celle de l'époque précédente », marque une « rupture importante avec la jurisprudence antérieure »¹⁶⁴.

La doctrine réagit de différentes façons à cette « volte-face »¹⁶⁵. Le professeur Pierre Foucher ne cache pas sa déception. « [L]es droits linguistiques sont difficiles à mettre en œuvre et le dispositif constitutionnel prévu à cette fin est inefficace », conclut-il¹⁶⁶. Les professeurs Henri Brun et Guy Tremblay, quant à eux, semblent plutôt satisfaits. Ils écrivent, au sujet des trois décisions de 1986, qu'« elles paraissent de fait assez louches, mais leur tendance générale nous semble la bienvenue »¹⁶⁷. Ainsi, ils ne croient pas qu'il faille en principe créer deux catégories de droits fondamentaux enchâssés dans la Constitution, à savoir les droits linguistiques et les autres. Ils avancent plutôt que « la distinction appropriée devrait être faite entre les droits qui résultent d'un compromis politique inachevé territorialement et les autres »¹⁶⁸. On sait que seules quelques provinces sont visées par une obligation constitutionnelle de bilinguisme législatif et judiciaire. Les deux auteurs chevronnés poursuivent : « En tant qu'elles s'appliquent aux compromis linguistiques inachevés territorialement, les décisions dans *MacDonald* et *Société des Acadiens* nous semblent fort défendables. »¹⁶⁹ Brun et Tremblay se réjouissent surtout d'une jurisprudence plus respectueuse de l'autonomie des provinces dans leurs champs de compétences, considérant la situation particulière du Québec. Plus tard, d'autres auteurs voudront discréditer la trilogie de 1986 en affirmant au contraire que ses fondements sont « indéfendable[s] » ; rien, écrivent-ils, « ne justifie que ces droits reçoivent une interprétation plus restrictive que tous autres droits »¹⁷⁰.

¹⁶⁴ Allan RIDDELL, « À la recherche du temps perdu : la Cour suprême et l'interprétation des droits linguistiques constitutionnels dans les années 80 », (1988) 29 *C. de D.* 829, p. 832 et 840.

¹⁶⁵ *Id.*, p. 852.

¹⁶⁶ Pierre FOUCHER, « L'interprétation des droits linguistiques constitutionnels par la Cour suprême du Canada », (1987) 19 *R.D. Ottawa* 381, p. 411.

¹⁶⁷ Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1997, p. 828.

¹⁶⁸ *Id.*, p. 829.

¹⁶⁹ *Id.*, p. 830.

¹⁷⁰ Michel DOUCET, Michel BASTARACHE et Martin RIOUX, « Les droits linguistiques : fondements et interprétation », dans Michel BASTARACHE et Michel DOUCET (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013, p. 1, p. 61.

Après 1986, la Cour suprême donne des signes de son hésitation. Les arrêts *Ford* (1988) et *Mahé* (1990) et le *Renvoi manitobain sur les droits scolaires* de 1993, où le plus haut tribunal reconnaît l'importance de la langue dans la vie des communautés, jettent les bases du retour de l'interprétation large. Et cette dernière revient effectivement dans toute sa clarté avec la « nouvelle trilogie », qui comprend le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (1998) et les arrêts *Beaulac* (1999) et *Arsenault-Cameron* (2000)¹⁷¹. Dans ce « nouveau changement de cap »¹⁷², la Cour suprême dévoile en 1998 l'existence d'un principe constitutionnel non écrit relatif à la protection des droits des minorités et déclare en 1999 que « [l]es droits linguistiques doivent *dans tous les cas* être interprétés en fonction de leur objet, de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada »¹⁷³. À cette occasion, le plus haut tribunal procède à une « révolution », qui vient « casser la jurisprudence antérieure », « effac[er] toute trace laissée par les arrêts de 1986 » et « redonner vie aux droits linguistiques »¹⁷⁴.

Cette fois, la « nouvelle trilogie » ayant parlé, la doctrine n'imagine plus le prochain revirement ; elle ne croit plus possible la contre-révolution. Le professeur Daniel Proulx écrit que « la position récente de la Cour suprême s'inscrit dans la longue durée »¹⁷⁵. C'est la découverte du principe constitutionnel non écrit de protection des droits des minorités qui vient « modifier complètement la donne en matière de droits linguistiques » et qui « consolide pour des décennies le principe de l'interprétation large, libérale et évolutive »¹⁷⁶. D'autres auteurs affirment que ce principe « agirait en quelque sorte comme un bouclier contre toute tentative de revenir à l'interprétation restrictive des droits linguistiques énoncés dans la trilogie de 1986 »¹⁷⁷. Car les virages d'un extrême à l'autre ont déjà été nombreux ; tout a été

¹⁷¹ *Id.*, p. 62. Voir aussi André BRAËN, « L'interprétation judiciaire des droits linguistiques au Canada et l'affaire *Beaulac* », (1998) 29 *R.G.D.* 379.

¹⁷² Daniel PROULX, « Les droits linguistiques au Canada : un nouveau paradigme », dans Pierre NOREAU et José WOEHLING (dir.), *Appartenances, institutions et citoyenneté*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 259, p. 267.

¹⁷³ *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 25.

¹⁷⁴ Daniel PROULX, « Les droits linguistiques au Canada : un nouveau paradigme », dans Pierre NOREAU et José WOEHLING (dir.), *Appartenances, institutions et citoyenneté*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 259, p. 267, p. 278.

¹⁷⁵ *Id.*, p. 269.

¹⁷⁶ *Id.*, p. 269 et 279.

¹⁷⁷ Michel DOUCET, Michel BASTARACHE et Martin RIOUX, « Les droits linguistiques : fondements et interprétation », dans Michel BASTARACHE et Michel DOUCET (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013, p. 1, p. 68.

fait et défait dans « un temps record »¹⁷⁸. Les bouleversements ayant marqué l'histoire récente, l'avenir ne peut plus être envisagé sans la stabilité comme prémisse, peut-on croire.

Pourtant, une nouvelle affaire linguistique est l'occasion pour la Cour suprême, à la majorité de ses juges, de confirmer dès 2005 que le

principe d'interprétation fondé sur le respect des « valeurs de la Charte [canadienne] » [...] ne s'applique *uniquement* qu'en cas d'ambiguïté véritable, c'est-à-dire lorsqu'une disposition législative se prête à des interprétations divergentes, mais par ailleurs tout aussi plausibles l'une que l'autre.¹⁷⁹

Cette approche lui sert de justification à l'adoption d'une interprétation restrictive dans cette affaire. Est-elle aussi une façon d'annoncer que l'interprétation large des droits linguistiques est répudiée ? En fait, et c'est le moins qu'on puisse dire, cette dernière perd en 2005 du terrain aux mains de l'interprétation restrictive. Et l'ambiguïté caractéristique des années ayant suivi la trilogie de 1986, présente jusqu'à l'arrivée de la « nouvelle trilogie » au tournant des années 2000, s'observe dans la jurisprudence du plus haut tribunal canadien depuis. L'interprétation restrictive est bien vivante dans les affaires *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique* (2013) et *Caron* (2015). L'interprétation large tient le coup dans les affaires *Association des parents de l'école Rose-des-vents* (2015) et *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique* (2020). Des auteurs admettent alors que l'arrêt *Charlebois* (2005) est « une décision qui pourrait être perçue comme pouvant comporter une incidence négative sur l'évolution des droits linguistiques »¹⁸⁰. Le professeur André Braën est beaucoup plus direct : il parle du « malaise » et de la « fatigue » qui habitent maintenant la Cour suprême¹⁸¹.

¹⁷⁸ Daniel PROULX, « Les droits linguistiques au Canada : un nouveau paradigme », dans Pierre NOREAU et José WOEHLING (dir.), *Appartenances, institutions et citoyenneté*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 259, p. 267, p. 268.

¹⁷⁹ *Charlebois c. Saint John (Ville)*, 2005 CSC 74, par. 23.

¹⁸⁰ Michel DOUCET, Michel BASTARACHE et Martin RIOUX, « Les droits linguistiques : fondements et interprétation », dans Michel BASTARACHE et Michel DOUCET (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013, p. 1, p. 81.

¹⁸¹ André BRAËN, « La politique linguistique du Québec : le malaise ! », (2009) 11 *R.C.L.F.* 147 ; André BRAËN, « La Cour suprême du Canada et les droits linguistiques : une certaine fatigue ! », dans Patrick TAILLON, Eugénie BROUILLET et Amélie BINETTE (dir.), *Un regard québécois sur le droit constitutionnel : mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 453.

En constatant la « valse-hésitation incessante », où tout se construit et se déconstruit dans « un temps record », on ne peut que regarder vers le réalisme juridique pour une explication. Ce n'est pas que d'autres approches théoriques ne peuvent éclairer autrement notre problématique. C'est plutôt que les inépuisables volte-face indiquent qu'on ne peut ignorer le postulat réaliste consistant à dire que l'interprétation est un acte de volonté ; ici, la volonté des juges de faire et refaire la norme en matière linguistique¹⁸².

Plusieurs auteurs ont momentanément, souvent sans justifier leur démarche, flirté avec le réalisme afin d'expliquer le phénomène particulier aux droits linguistiques qui vient d'être exposé. Les convictions personnelles des juges sont ainsi parfois relevées dans la doctrine. En fait, elles apparaissent à chaque revirement.

L'interprétation large s'implante durant les années 1970 et jusqu'au milieu des années 1980, et certains auteurs font inmanquablement un parallèle avec l'influence du juge Bora Laskin au sein de la Cour suprême (il en a été le juge en chef de 1973 à 1984). Laskin était connu pour sa défense de l'activisme judiciaire¹⁸³. Avant sa nomination comme juge en chef, il affirme ceci : « il est trop facile pour les juges de dire qu'il revient au Parlement de modifier la loi si tant est que la loi demande à être modifiée » (traduction libre)¹⁸⁴. Rappelons que les juges, durant cette séquence, donnent aux droits linguistiques une interprétation « nettement plus large que ne le suggérait la lecture du texte de la loi ».

¹⁸² Même sur d'autres questions que les droits linguistiques, le réalisme apparaît souvent comme une approche pertinente en contexte canadien : voir Brenda Ann LONG, *Judicial Reform of Criminal Law under the Charter of Rights and Freedoms*, mémoire de maîtrise, University of Calgary, 1996; Jody Ann SHUGAR, *Judicial discretion and the Charter : A qualitative and quantitative examination of the exclusionary rule*, mémoire de maîtrise, Université McGill, 1995 ; voir aussi Jeanne SIMARD, *L'interprétation législative au Canada : la théorie à l'épreuve de la pratique*, thèse de doctorat, Université de Montréal, Faculté de droit, 1998, p. 210 et 221. La professeure Andrée Lajoie admet elle-même dans ses travaux avoir eu le réflexe de regarder en direction du réalisme juridique, ou d'une de ses expressions : « c'est donc tout naturellement que j'ai d'abord pensé me tourner, pour la suite de mes recherches, vers ces théories américaines » (Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs : Le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 120 et 121). Constatant en l'espèce le phénomène particulier à l'interprétation des droits linguistiques au Canada, avec ses retournements dans « un temps record », le réflexe réaliste ne peut qu'être amplifié.

¹⁸³ Michal MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, traduit de l'anglais par Hervé Juste, Montréal, Boréal, p. 46 et 47 ; Stéphanie CHOUINARD, *La question de l'autonomie des francophones hors Québec : Trois décennies d'activisme judiciaire en matière de droits linguistiques au Canada*, thèse de doctorat, Université d'Ottawa, Faculté des Sciences sociales, École d'études politiques, 2016, p. 83.

¹⁸⁴ Robert J. SHARPE et Kent ROACH, *Brian Dickson : A Judge's Journey*, Toronto, University of Toronto Press, 2003, p. 142. Dans sa version originale : « it's too easy for judges to say that if the law needs to be changed that it is the responsibility of Parliament ».

En 1986, lorsque la Cour suprême opère un virage dans l'interprétation des droits linguistiques, c'est le juge québécois Jean Beetz, prenant part aux motifs de la majorité, qui tient la plume. D'abord plus conservateur¹⁸⁵, Beetz aurait pu en outre avoir le souci particulier de protéger les compétences législatives du Québec des empiétements résultant d'une interprétation trop large des droits linguistiques¹⁸⁶. Plusieurs autres auteurs n'hésitent pas à affirmer que des motivations politiques pourraient expliquer la trilogie de 1986¹⁸⁷. D'ailleurs, Beetz quitte la Cour suprême le 10 novembre 1988, et dès le 15 décembre suivant, donc quelques semaines plus tard, le plus haut tribunal semble déjà prendre ses distances de l'interprétation restrictive en insistant dans l'arrêt Ford sur l'importance de la langue pour une communauté¹⁸⁸. Cette sensibilité plante le décor de l'interprétation large à venir. On le comprend bientôt.

Le retour clairement affirmé de l'interprétation large, avec la « nouvelle trilogie » de 1998, 1999 et 2000, coïncide avec l'arrivée du juge Michel Bastarache à la Cour suprême en 1997. Avec une carrière « marquée par son militantisme envers les langues officielles », « [i]l s'est voué à l'écartement de la théorie du compromis politique en tant que principe limitant la portée des droits linguistiques canadiens, énoncée par le juge Beetz durant la décennie 1980 »¹⁸⁹. Dans l'arrêt *Charlebois* (2005), qui ouvre la porte au retour de l'interprétation restrictive, Bastarache écrit les motifs des juges dissidents qui préféreraient le maintien intégral de l'interprétation large. Depuis le départ du juge Bastarache en 2008, l'ambiguïté

¹⁸⁵ Stéphanie CHOUINARD, *La question de l'autonomie des francophones hors Québec : Trois décennies d'activisme judiciaire en matière de droits linguistiques au Canada*, thèse de doctorat, Université d'Ottawa, Faculté des Sciences sociales, École d'études politiques, 2016, p. 85.

¹⁸⁶ Michel BASTARACHE, « Le rôle des tribunaux dans la mise en œuvre des droits linguistiques au Canada », (2010) 40 *R.G.D.* 221, 222 ; Pierre FOUCHER, « Le carré redevenu cercle ? Fédéralisme, droits linguistiques et égalité dans l'interprétation de la Constitution canadienne », dans Linda CARDINAL (dir.), *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de parole, 2008, p. 269, p. 271.

¹⁸⁷ Michel DOUCET, Michel BASTARACHE et Martin RIOUX, « Les droits linguistiques : fondements et interprétation », dans Michel BASTARACHE et Michel DOUCET (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013, p. 1, p. 61 ; Daniel PROULX, « Les droits linguistiques au Canada : un nouveau paradigme », dans Pierre NOREAU et José WOEHLING (dir.), *Appartenances, institutions et citoyenneté*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 259, p. 266.

¹⁸⁸ *Ford c. Québec (procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 748 et 749. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une affaire portant sur les droits linguistiques proprement dits, l'arrêt *Ford* nourrit le retour progressif de l'interprétation large avec l'arrêt *Mahé* (1990).

¹⁸⁹ Stéphanie CHOUINARD, *La question de l'autonomie des francophones hors Québec : Trois décennies d'activisme judiciaire en matière de droits linguistiques au Canada*, thèse de doctorat, Université d'Ottawa, Faculté des Sciences sociales, École d'études politiques, 2016, p. 154 et 155.

des années ayant suivi la trilogie de 1986 caractérise la jurisprudence de la Cour suprême sur les droits linguistiques.

Implicitement, tous ces auteurs – qui ont momentanément flirté avec le réalisme – s'accrochent donc à des éléments qui sont généralement mis de l'avant par le réalisme américain. Comme avec le réalisme américain – s'il est possible de le décrire à partir des écrits de plusieurs de ses plus grands contributeurs¹⁹⁰ –, le phénomène proprement canadien exposé plus haut est analysé en prenant en compte ce qui se passe « réellement » lorsqu'un juge tranche un cas précis, ce qui comprend vraisemblablement des éléments relevant de la science politique, de la sociologie, de la psychologie, etc., donc des éléments en quelque sorte extrajuridiques¹⁹¹. Il s'agit des convictions personnelles des juges relevées à chaque revirement jurisprudentiel.

Le réalisme américain a manifestement quelque chose à nous dire au sujet de la « valse-hésitation incessante » dans l'interprétation des droits linguistiques au Canada. Cette approche met le juge au centre de la production du droit. Elle prend toute la mesure de l'importance de l'interprétation judiciaire dans la construction de la norme. Elle permet aussi parfaitement d'entrer en dialogue avec les auteurs de doctrine qui, sur les droits linguistiques au Canada, ne manquent pas d'analyser la jurisprudence à partir du point de vue des juges.

Cependant, en ce qui nous concerne, les convictions personnelles des juges n'expliquent pas tout. Ou elles n'expliquent que très peu. Les juges arrivent et partent, le contexte politique change, les époques se succèdent, la jurisprudence virevolte sur une des questions qui se posent dans l'interprétation des droits linguistiques, mais une réalité demeure stable sans

¹⁹⁰ Par exemple, Oliver Wendell Holmes, Carl Llewellyn et John Chipman Gray. Leur pensée est bien présentée par Alexandre VIALA, *L'essentiel de la philosophie du droit*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2017, p. 79. Une traduction d'une partie de l'incontournable ouvrage de Holmes, intitulé *The Path of the Law*, peut être retrouvée chez René SÈVE, *Philosophie et théorie du droit*, Paris, Dalloz, 2016, p. 485 et suiv.

¹⁹¹ Éric MILLARD, « Réalisme scandinave, Réalisme américain. Un essai de caractérisation », (2014) 24 *Revus* 81, 89 et 92 ; Jean-Jacques SUEUR, *Une introduction à la théorie du droit*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 142 et 144. Selon Oliver Wendell Holmes, « [l]a vie du droit, ce n'est pas la logique, mais l'expérience. Ce qui est ressenti comme une nécessité à une époque, les théories morales et politiques dominantes, les institutions de politique publique, avouées ou inconscientes, et même les préjugés que les juges partagent avec leurs concitoyens jouent un plus grand rôle que le syllogisme, dans la détermination des règles qui doivent servir au gouvernement des hommes » : cité dans Xavier MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008, p. 130. Ce savoir sociopsychologique sert aussi les principaux concepteurs du réalisme scandinave, notamment Alf Ross : Pierre BRUNET, « Introduction : le réalisme scandinave, une épistémologie », (2014) 24 *Revus* 5, 6 ; Xavier MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008, p. 136 et 137 ; Michel TROPER, *La philosophie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2015, p. 42.

égard à tout ce qui bouge : les tribunaux canadiens fondent leurs décisions sur ce qu'on nomme l'intention législative relative aux langues officielles. À deux ou trois exceptions près, l'interprétation judiciaire des droits linguistiques reste fidèle à l'intention de leurs concepteurs, ou à ce que les théories qui ont voulu mettre cette intention en forme peuvent nous permettre de comprendre à son égard. Bref, constatant avec le professeur Daniel Proulx la « redéfinition continue des normes linguistiques par la voie jurisprudentielle », notre regard se tourne vers le réalisme juridique, qui postule que l'interprétation est un acte de volonté. Mais, observant la stabilité de la jurisprudence dans l'un des fondements de l'interprétation des droits linguistiques, il faut conclure que ce n'est pas le réalisme *américain* qui soit le mieux outillé pour éclairer notre problématique.

Dans son ouvrage *Jugements de valeurs : Le discours judiciaire et le droit*, la professeure Andrée Lajoie procède un peu comme nous procédons en l'espèce : elle présente dans un premier temps le fruit de ses recherches jurisprudentielles, puis partage ses principaux constats et énonce des hypothèses. Dans un deuxième temps, elle cherche la meilleure explication. C'est donc après avoir admis son intérêt pour le réalisme américain que Lajoie décide de le dépasser. Elle se justifie ainsi : « C'est cette insistance sur la micro-analyse, souvent quantitative, des facteurs individuels et psychologiques, au détriment d'analyses plus macroscopiques des facteurs sociaux et politiques, qui m'a éloignée du courant réaliste [américain]. »¹⁹² Puis, résumant les principaux constats, fruits de ses travaux de recherches, Lajoie écrit : « Il ne me semblait pas que des caractéristiques personnelles aux juges, lues hors de leur contexte institutionnel et surtout social, permettraient [...] »¹⁹³; et là, la professeure nous explique directement en quoi le réalisme américain n'est pas la meilleure approche pour éclairer sa problématique.

La présente thèse reprend en partie cette façon de faire. Elle présente d'abord l'échantillon de décisions judiciaires qui doivent être analysées. Elle décrit ensuite une à une ces décisions dans l'ordre chronologique. Enfin, lorsqu'elle dispose de suffisamment de matériel pour poser des constats et formuler des hypothèses, elle expose toutes les raisons justifiant le choix

¹⁹² Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs : Le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 125 et 126.

¹⁹³ *Id* : « Il ne me semblait pas que des caractéristiques personnelles aux juges, lues hors de leur contexte institutionnel et surtout social, permettraient de cerner le trajet vers le forum judiciaire de facteurs clairement politiques, dont la lourdeur ne pouvait plus être ignorée. »

du cadre théorique (voir la sous-partie B] i] de la première partie). En d'autres mots, il devient évident à un certain point que les tribunaux ont fait un choix décisif en matière de droits linguistiques ; ils hésitent sans cesse sur une question, mais ils reprennent inlassablement la même formule sur une autre. Et au moment le plus fort de l'interprétation des droits linguistiques, au tournant des années 1980, la Cour suprême expose son pouvoir comme jamais. Systématique, survivant aux changements dans la composition de la Cour suprême, traversant les époques, ce qui est stable dans la jurisprudence appelle une explication sur le plan plus institutionnel, moins rattachée aux convictions personnelles d'un juge ou d'un autre. De là le choix de ne pas poursuivre avec le réalisme américain. Le réalisme le mieux outillé pour répondre à notre problématique est celui développé par le philosophe du droit Michel Troper¹⁹⁴.

Selon Troper, le juge est complètement libre de trancher toute question comme il l'entend, bien qu'il ne s'y risque pas. Car, ajoute Troper, le juge sait répondre des contraintes juridiques qui s'imposent à lui afin de tirer son épingle du jeu dans le réseau dans lequel il œuvre. Ainsi, entre plusieurs choix, le juge opte pour celui qui lui permet le mieux de protéger, et même d'accroître le pouvoir de l'institution qu'il représente. Cette part stratégique de la décision judiciaire peut expliquer la portion la plus stable de la jurisprudence canadienne sur les droits linguistiques (et même la « valse-hésitation incessante », de par le rattachement de la théorie de Troper à l'approche réaliste plus généralement). La stratégie est de présenter le résultat comme conforme à l'intention législative sur les langues officielles au Canada, lue à partir des théories de la conception de la politique linguistique canadienne¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Troper critique le réalisme américain de la façon suivante : « La difficulté provient du fait que, si cette science est bien empirique, elle perd toute spécificité et devient indissociable de la sociologie et de la psychologie. S'il s'agit en effet de décrire et de prédire le comportement réel du juge, il faut non seulement rechercher quelles normes il applique, mais aussi à quel parti politique il appartient ou quelle église il fréquente. On a même pu caricaturer cette théorie en disant que la décision du juge dépendait en définitive surtout de son humeur et celle-ci de la qualité de sa digestion. » (Michel TROPER, *La philosophie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2015, p. 42 et 43)

¹⁹⁵ Les tribunaux le disent même parfois plus ou moins explicitement. Dans l'affaire *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights*, (1984) 47 O.R. (2d) 1, 34 (C.A.), la Cour d'appel de l'Ontario écrit ceci lorsqu'elle s'apprête à interpréter les droits linguistiques de la *Charte canadienne* : « *it does not appear that reliance should be placed upon specific statements made in Parliament or in committee as to what is contemplated, but rather the historical context of the new provisions* ». L'importance du contexte historique ici peut s'apparenter à une façon de mettre de l'avant l'intention plus globale des

Troper emprunte beaucoup au réalisme américain, notamment sur l'importance du juge dans la production du droit. Mais son approche donne une explication plus institutionnelle de notre problématique, ce qui permet ensuite de penser ce qui doit changer s'il faut espérer une nouvelle direction pour la jurisprudence. Elle sied en outre parfaitement au contexte canadien, vu l'importance du juge dans la construction des droits linguistiques¹⁹⁶, son système judiciaire unifié¹⁹⁷ et le caractère impraticable de la voie de la révision constitutionnelle¹⁹⁸. La théorie développée par Michel Troper a quelque chose d'incontournable et d'essentiel à nous dire. Elle offre un regard global, elle ne laisse rien derrière.

Pour le lecteur français, qui peut *a priori* ne pas se sentir particulièrement interpellé par le débat sur l'interprétation des droits linguistiques au Canada, l'intérêt de la thèse se trouve au moins dans l'application qui y est faite de la théorie de Troper. L'exercice démontre encore tout ce que le réalisme troperien, comme théorie générale du droit, peut fournir de matériaux pour l'étude du phénomène juridique, même géographiquement loin de la France et de l'Europe. La thèse renforce également tous les postulats de la théorie de Troper qui, en contexte canadien, avec la centralité du juge dans la construction du droit, avec un système judiciaire unifié, avec le caractère impraticable de la voie de la révision constitutionnelle,

concepteurs du texte, telle qu'on peut la comprendre à partir d'une approche proposant de la théoriser. Nous y reviendrons.

¹⁹⁶ « Les tribunaux canadiens ont exercé un rôle déterminant dans l'essor des droits linguistiques au Canada. Il ne serait d'ailleurs pas faux d'affirmer que ce sont eux qui ont défini dans une large mesure le cadre de l'aménagement linguistique canadien. » (Michel DOUCET, Michel BASTARACHE et Martin RIOUX, « Les droits linguistiques : fondements et interprétation », dans Michel BASTARACHE et Michel DOUCET [dir.], *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013, p. 1, p. 58)

¹⁹⁷ Au sommet de la hiérarchie judiciaire canadienne trône un seul tribunal, la Cour suprême du Canada. Il s'agit d'un tribunal général d'appel qui entend les appels dans toutes les matières (civils, criminelles, administratives, constitutionnelles, etc.) et de toute origine (fédérale ou provinciale) et qui joue le rôle d'interprète ultime et final de la Constitution canadienne. On peut en trouver une bonne description dans Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs : Le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 4 à 23.

¹⁹⁸ La Cour suprême du Canada, située « au sommet d'un système judiciaire unifié (là où le pouvoir politique demeure fortement fragmenté par le partage des compétences entre les autorités fédérales et provinciales) », détient le monopole sur l'interprétation des dispositions les plus importantes de l'ordre juridique canadien sans qu'elle ne risque, en pratique, « de faire l'objet d'une révision constitutionnelle ». Le professeur Patrick Taillon et la doctorante Amélie Binette ne manquent pas de souligner cette particularité canadienne : la lourdeur de la procédure de modification de la Constitution épargne en pratique la Cour suprême du Canada de devoir dialoguer avec le pouvoir constituant. Voir Patrick TAILLON et Amélie BINETTE, « Une théorie "vivante" de l'interprétation pour un cadre constitutionnel désuet », dans *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 33-2017, *Juge constitutionnel et interprétation des normes. Le juge constitutionnel face aux transformations de la démocratie*, 2018, p. 201, p. 214 à 221. Voir aussi à ce sujet : Patrick TAILLON, *Les obstacles juridiques à une réforme du fédéralisme*, Montréal, Institut de recherche sur le Québec, 2007.

apparaissent avec une éclairante évidence. Enfin, l'application du réalisme troperien ici permet peut-être même de mieux comprendre son application en contexte français, considérant l'existence d'un réseau de contraintes différent en France, avec un juge non pas placé au sommet d'un système judiciaire unifié, mais contraint au dialogue avec un Conseil d'État, un Conseil constitutionnel, une Cour de cassation, une Cour européenne des droits de l'homme, et ce, sans compter tous les autres acteurs juridiques du système.

La thèse est divisée en deux parties. La première expose comment la politique linguistique canadienne a été conçue à l'aide de droits symétriques, en sachant vraisemblablement qu'elle allait ainsi diviser le Québec et les minorités francophones. Cette première partie démontre également par quel procédé les juges en sont venus à croire qu'ils avaient intérêt à donner effet à l'intention symétrique de ses rédacteurs. Le cadre d'analyse est dévoilé lorsqu'il apparaît clairement que la théorie réaliste de Michel Troper offre une explication toute désignée au phénomène jurisprudentiel sur les droits linguistiques (voir la sous-partie B] i]).

La deuxième partie démontre de quelle façon les législateurs ont renforcé le dispositif qui divise le Québec et les minorités francophones lorsqu'il a été question de mettre à jour la politique linguistique canadienne. Sa conception originale s'est donc présentée comme l'horizon indépassable de la réflexion pour la suite. En réponse, on constate que les juges s'en sont tenus à exprimer l'intention symétrique dans la jurisprudence, et ce, comme au premier jour. En terminant, considérant qu'une interprétation asymétrique de principes pourrait émerger malgré l'intention des rédacteurs de la politique linguistique canadienne – étant donné la liberté dont jouissent les juges –, on expose comment la francophonie pourrait travailler à un tel dénouement afin de favoriser sa réconciliation.

Un dernier commentaire s'impose. Partout, la thèse peut paraître descriptive. Et elle l'est effectivement, au premier regard. Mais si on garde en tête qu'elle analyse un phénomène à l'aide de la théorie de l'interprétation de Michel Troper, on comprend que la présentation chronologique qu'elle propose est toujours une lecture troperienne des cinq événements relatifs à l'intention législative sur les langues officielles et de la jurisprudence y répondant. La théorie est partout. Elle ne quitte jamais le récit. Le fait qu'elle n'apparaisse parfois que subtilement renforce l'idée que la théorie de Troper est la théorie toute désignée pour analyser le phénomène que nous nous proposons d'analyser.

I. UNE OPPOSITION PROGRAMMÉE, ET UN POUVOIR JUDICIAIRE CONTRAINT

Cette première partie se divise en deux sous-parties. La première (A) expose comment s'est articulée l'intention symétrique lors des deux premiers événements construisant la politique linguistique canadienne (1867 et 1969). Elle relate aussi sa réception par les tribunaux. La seconde sous-partie (B) poursuit cette analyse en donnant une explication théorique au choix que font les juges dans l'interprétation des droits linguistiques. Il y est également question du troisième événement construisant la politique linguistique canadienne (1982). La symétrie devient incontournable.

A) Les fondements législatifs et l'interprétation judiciaire de la politique linguistique canadienne : réciprocité et égalité formelle

En 1867, il ne peut être question que de symétrie. Personne ne remet en cause cette intention par la suite, qui devient ainsi la fondation de l'édifice (i). Plus tard, en 1969, Pierre Elliott Trudeau actualisera l'intention de symétrie. Le Québec s'en trouvera piégé. Et les tribunaux poursuivront leur œuvre (ii).

i) Une nouvelle fédération fondée sur des garanties réciproques (1867)

Pour le nouveau pays, les Pères de la Confédération canadiens-français demandent cette symétrie, comme gain pour le français dans le Canada de l'époque. Les Pères de la Confédération canadiens-anglais, quant à eux, l'acceptent comme contrepartie permettant la protection de la communauté anglo-québécoise. Les débats ayant donné naissance à la fédération canadienne en attestent (a). L'intention sera ensuite intuitivement reprise par les tribunaux (b).

a) La rédaction de l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 : les assises de la politique linguistique canadienne

L'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (désormais L.C. 1867) énonce des garanties à l'égard de l'utilisation du français et de l'anglais devant les institutions fédérales et québécoises. On y décrit un régime linguistique identique pour Ottawa et Québec : un processus d'adoption des lois bilingue aux deux paliers de gouvernement ; des tribunaux fédéraux et provinciaux respectant les bases du bilinguisme institutionnel. L'intention des Pères de la Confédération à son sujet ne fait pas de doute, notamment celle de George-Étienne

Cartier, son premier défenseur. D'ailleurs, tous les auteurs répètent les mêmes affirmations, quoique souvent sans en faire la démonstration. Reste qu'il n'existe aucune controverse dans la littérature.

Par exemple, Gérald Beaudoin, jadis doyen de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, sénateur canadien de 1988 à 2004, écrit immédiatement que Cartier souhaite « une symétrie entre la protection du français sur la scène fédérale et celle de l'anglais au Québec »¹. Benoît Pelletier, professeur de droit, connu du grand public depuis qu'il a dirigé divers ministères à Québec de 2003 à 2008 dans le gouvernement de Jean Charest, croit également que Cartier et John A. Macdonald cherchent « une disposition susceptible d'assurer la parité entre l'usage du français à Ottawa et l'usage de l'anglais à Québec »². Selon Pelletier, d'autres Pères de la Confédération partagent aussi une telle conception de l'article 133 : par exemple, Alexander T. Galt, Hector-Louis Langevin et Antoine-Aimé Dorion, chef du Parti rouge opposé à la Confédération. Enfin, Pierre Foucher décrit ce qui, en 1867, est considéré être un régime de droits réciproques. Il s'agit d'une entente : « si le Québec accept[e] de maintenir les droits d'utiliser le français et l'anglais devant la législature et les tribunaux de la province et d'adopter les lois dans ces deux langues, ces mêmes droits se [voient] aussi garantis au niveau fédéral »³.

Tout indique toutefois que cette intention, conçue selon un plan symétrique – exprimant la symétrie, la parité ou la réciprocité, des expressions qui se veulent ici des synonymes – n'a pas à l'époque d'objectifs inavouables. À la table des négociations, ce sont les représentants de la future province de Québec qui sont les premiers à insister pour qu'un régime de ce type apparaisse dans la loi fondatrice du Canada⁴. Les francophones (c'est-à-dire les Canadiens français, qui se réservent à l'époque pour eux seuls la dénomination de « Canadiens »⁵), appelés à être minoritaires dans une nouvelle structure réunissant des provinces toutes

¹ Gérald-A. BEAUDOIN, « Le décor historique et constitutionnel », (1983) 14 *R.G.D.* 227, 228.

² Benoît PELLETIER, « Les pouvoirs de légiférer en matière de langue après la “Loi constitutionnelle de 1982” », (1984) 25 *C. de D.* 227, 238.

³ Pierre FOUCHER, « Droits linguistiques en Acadie : De la dynamique des droits à celle des autonomies », dans *Actes du symposium Vers un aménagement linguistique de l'Acadie du Nouveau-Brunswick*, Moncton, Centre de recherche en linguistique appliquée, Université de Moncton, 3 au 5 mai 1990, p. 67 et 68.

⁴ Claude-Armand SHEPPARD, *The Law of Languages in Canada*, 10, Studies of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, Ottawa, Information Canada, 1971, p. 67.

⁵ Louis HÉMON, *Maria Chapdelaine*, Montréal, Boréal, 1988, p. 60.

majoritairement anglophones, sauf le Québec, exigent des garanties pour le français dans les institutions fédérales⁶.

Les francophones redoutent également qu'on s'attaque à nouveau à leurs droits. Rappelons qu'ils vivent depuis 1840 sous une constitution (l'*Acte d'Union*) qui, jusqu'en 1848, abolit explicitement l'utilisation de leur langue devant les institutions politiques du pays. La L.C. 1867 doit donc mettre fin à toute ambiguïté et confirmer au Canada la légalité du français aux côtés de l'anglais⁷.

Alors, que faire avec de telles considérations dans une thèse qui annonce vouloir mettre les projecteurs sur une politique qui doit avoir pour conséquences de piéger le Québec et de diviser la francophonie canadienne ? Dans les faits, puisque l'article 133 donne au français à Ottawa ce qu'elle donne en retour à l'anglais à Québec, et vice versa, la réciprocité peut demeurer consensuelle tant que Québec considère que la protection du français exige le recours au bilinguisme institutionnel. Et c'est ce qui survient, à une exception près, dans le siècle qui suit l'entrée en vigueur de la L.C. 1867.

Dans les pages de la revue *L'Action nationale*, par exemple, qui paraît sous le nom *L'Action française* (de Montréal) jusqu'en 1928, la lutte pour le français est assimilée à la lutte pour le bilinguisme. « Revendiquons sans cesse nos droits ethniques dont le bilinguisme est le plus précieux ; à ce prix seulement garderons-nous l'influence, le prestige, la vie », y plaide Charles Gautier, aussi rédacteur en chef du journal *Le Droit*⁸. La revue ne voit pas de meilleur

⁶ Benoît PELLETIER, « La modification des dispositions constitutionnelles relatives à l'usage de l'anglais ou du français », (1990) 21 *R.G.D.* 223, 248.

⁷ Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec : du régime français à nos jours*, 2^e éd., t. 1, Montréal, Thémis, 1994, p. 160. Évidemment, le débat sur les droits linguistiques ne surgit pas du néant en 1864, lors de la Conférence de Québec. Les parlementaires appelés à concevoir l'article 133 fondent leurs propositions sur l'histoire et sur les différents modèles appliqués précédemment dans la colonie (voir par exemple l'historique présenté par les juges majoritaires et minoritaires dans l'arrêt *Macdonald c. Montréal [Ville]*, [1986] 1 R.C.S. 460 ; voir aussi généralement le chapitre rédigé par Guillaume ROUSSEAU, « Brève synthèse historique du droit linguistique au Québec : une législation pour une langue commune et un respect de la diversité », dans Guillaume ROUSSEAU, Éric POIRIER *et al.*, *Le droit linguistique au Québec*, Montréal, LexisNexis, 2017). Néanmoins, c'est de 1864 à 1867 qu'est débattu le modèle qui trouve toujours application aujourd'hui. Bref, nous savons que l'histoire ne commence pas en 1864 ou 1867, mais nous concevons que c'est durant ces quelques années que se cristallise la conception des droits linguistiques qui remonte ensuite jusqu'à la construction, par les tribunaux et les parlementaires canadiens, principalement des années 1960 à 1980, de la politique linguistique canadienne en vigueur aujourd'hui (voir Joseph Eliot MAGNET, « Language Rights : Myth and Reality », [1981] 12 *R.G.D.* 261).

⁸ Charles GAUTIER, « Le bilinguisme dans les services fédéraux », (1925) 13 *L'Action française* [de Montréal] 130, 145.

argument pour faire progresser les droits du français à Ottawa que celui de voir au respect intégral du bilinguisme institutionnel à Québec⁹.

Mais les idéologies évoluent. Des divisions structurelles se profilent lorsque Québec songe à abandonner le bilinguisme institutionnel au profit d'une politique d'affirmation du français. À partir des années 1960, certains voudront récupérer et renforcer ces divisions afin de piéger le gouvernement québécois. Les francophones hors Québec, qui s'accrochent alors comme jamais au rêve d'un Canada bilingue, apparaîtront comme de bons candidats à envoyer au front contre Québec. Mais pour l'heure, c'est l'intention symétrique des Pères de la Confédération, s'imposant après quelques instants d'hésitations lors des négociations, qui jouit d'un climat propice à son enracinement.

- La symétrie pour ne pas être à la merci de la majorité anglophone

Pour un juriste, l'article 133 est le fruit des différentes phases de négociations qui ont précédé son adoption par le Parlement impérial, à Londres. Ses fondements se trouvent enfouis dans les documents qui ont entouré la Conférence de Québec de 1864, les débats parlementaires canadiens de 1865, la Conférence de Londres de 1866 et la rédaction en 1867 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, qu'on appelle aujourd'hui la *Loi constitutionnelle de 1867* (L.C. 1867). Puisque les négociations se font à l'époque pour l'essentiel uniquement entre élites et derrière des portes closes, les documents qui ont survécu aux étapes importantes restent fragmentaires¹⁰. Ils ont toutefois quelque chose à révéler au sujet de l'article 133, particulièrement parce qu'ils convergent tous sur une intention : celle d'établir une symétrie entre le français à Ottawa et l'anglais à Québec.

C'est au milieu du XIX^e siècle que le projet d'unir les différentes colonies britanniques de l'Amérique du Nord se fait entendre de façon plus soutenue, d'abord pour des raisons politiques (le besoin d'organiser la défense militaire du territoire face à la montée en puissance des États-Unis et à la menace que ceux-ci représentent pour les intérêts britanniques) et économiques (le désir de créer un nouveau marché de libre-échange et de

⁹ L'ACTION FRANÇAISE [DE MONTRÉAL], « La doctrine de L'Action française. La langue française », (1927) 17 *L'Action française* [de Montréal] 130.

¹⁰ Clifford Ian KYER, « Has History a Role To Play in Constitutional Adjudication : Some Preliminary Considerations », (1981) 15 *Law Society of Upper Canada Gazette* 135, 144-147.

favoriser la construction d'un chemin de fer reliant les colonies britanniques entre elles). Avec la présence du Québec au sein du groupe (momentanément appelé Bas-Canada, puis Canada-Est, avec sa langue, sa religion et ses institutions distinctes), l'union s'annonce fédérale. Un mécanisme doit aussi permettre d'apaiser la persistante rivalité entre les « races » française et anglaise, comme on les désigne à l'époque.

Lorsque les trois colonies britanniques de l'Atlantique que sont la Nouvelle-Écosse, le Nouveau-Brunswick et l'Île-du-Prince-Édouard se réunissent à Charlottetown le 1^{er} septembre 1864 pour travailler à leur propre projet d'union, Macdonald, Cartier, Galt et Langevin (des hommes politiques de la « province du Canada », ou Canada-Uni, une colonie voisine¹¹), notamment, s'invitent et proposent d'unir plus largement toutes les colonies britanniques. L'idée s'impose. Le projet doit être élaboré lors de la conférence de Québec, prévue pour le mois d'octobre qui suit.

Du 10 au 27 octobre 1864, la Ville de Québec est l'hôte d'une conférence réunissant des représentants du Canada-Uni et de toutes les colonies britanniques de l'Atlantique, y compris Terre-Neuve. C'est un petit cercle fermé de délégués qui négocient l'avenir du pays. Toutes les questions les plus difficiles y trouvent une réponse : la distribution des pouvoirs entre les deux ordres de gouvernement (fédéral et provincial), la distribution des sièges à la Chambre des communes et la création d'une chambre haute¹².

L'ancêtre de l'article 133 apparaît précisément le 26 octobre 1864. Il est proposé par Galt, le député de Sherbrooke qui se veut le défenseur de la communauté anglophone du Canada-Est, appelée à former une minorité au Québec. Si les francophones craignent le statut de minoritaires qui sera le leur dans le nouveau pays, on comprend que des anglophones partagent des « craintes semblables », eux qui seront aussi minoritaires, mais à Québec¹³. L'ancêtre de l'article 133 est en premier lieu rédigé de la façon suivante :

¹¹ L'Acte d'Union, 3-4 Vict., 1840, c. 35 (R.-U.) a créé une union législative nommée Canada-Uni, ou « province du Canada », composée dans les faits du Haut-Canada et du Bas-Canada, qui deviendront respectivement le Canada-Ouest (anglophone, future province d'Ontario) et le Canada-Est (francophone, future province de Québec).

¹² Joseph POPE, *Memoirs of the Right Honourable Sir John Alexander Macdonald, First Prime Minister of the Dominion of Canada*, vol. 1, Ottawa, J. Durie, 1894, p. 270.

¹³ Benoît PELLETIER, « La modification des dispositions constitutionnelles relatives à l'usage de l'anglais ou du français », (1990) 21 *R.G.D.* 223, 231.

Que dans la législature générale et dans ses travaux, les langues anglaise et française puissent être toutes deux particulièrement employées. Et également à l'Assemblée législative locale du Bas-Canada et devant les tribunaux fédéraux et locaux du Bas-Canada. (traduction libre)¹⁴

Sauf la version finale des 72 résolutions de Québec adoptées par les participants, qui sont par la suite publiées et expédiées aux responsables des questions coloniales à Londres, il n'existe pas de procès-verbaux ou de comptes rendus officiels des travaux au jour le jour de la Conférence¹⁵. On ne connaît donc pas la teneur exacte des préoccupations qui ont pu accompagner l'ancêtre de l'article 133, par exemple lorsqu'il est proposé ou adopté, avant qu'il ne devienne la 46^e résolution de Québec¹⁶.

Avant qu'elle ne devienne la 46^e résolution, notons de sa première version qu'elle ne prévoit pas une réciprocité parfaite entre les institutions fédérales et québécoises. À sa lecture, tous les tribunaux du Québec (ou Bas-Canada) doivent respecter une exigence de bilinguisme. En échange, toutefois, les tribunaux fédéraux qui doivent respecter cette même mesure de bilinguisme ne sont que « les tribunaux fédéraux [...] du Bas-Canada », donc uniquement ceux qui siègent au Québec. Avant la réciprocité parfaite, il semble que « les politiciens anglophones » aient tenté de limiter le bilinguisme judiciaire au seul territoire québécois¹⁷. C'était « l'esprit de 1867 », avec un courant qui souhaite « limit[er] au Québec le champ d'action véritable des Canadiens de langue française »¹⁸.

¹⁴ Joseph POPE, *Confederation : Being a Series of Hitherto Unpublished Documents Bearing on the British North America Act*, Toronto, Carswell, 1895, p. 33.

¹⁵ A. G. DOUGHTY, « Notes on the Quebec Conference, 1864 », (1920) 1 *Canadian Historical Review* 26, 26.

¹⁶ Il est vrai, quelques participants à la Conférence prennent des notes lors des discussions, et plus notablement Hewitt Bernard, qui agit comme secrétaire, ainsi que Andrew A. Macdonald et Edward Whelan, des délégués de l'Île-du-Prince-Édouard. Elles ont été conservées. Mais Bernard prend des notes jusqu'au 25 octobre 1864, un jour avant que soit proposée la 46^e résolution. Et celles des délégués des provinces maritimes n'en font pas mention (A. G. DOUGHTY, « Notes on the Quebec Conference, 1864 », (1920) 1 *Canadian Historical Review* 26, 26 ; P. B. WAITE, « Edward Whelan Reports from the Quebec Conference », (1961) 42 *Canadian Historical Review* 23, 43). Ces derniers ne laissent d'ailleurs jamais entendre qu'ils s'intéressent particulièrement à la question linguistique.

¹⁷ Benoît PELLETIER, « La modification des dispositions constitutionnelles relatives à l'usage de l'anglais ou du français », (1990) 21 *R.G.D.* 223, 241.

¹⁸ Jean-Charles BONENFANT, « L'esprit de 1867 », (1963) 17 : 1 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 19, 37.

Mais la proposition de Galt ne survit pas aux débats. Un auteur laisse entendre que des délégués ont voulu s'en tenir à celle-ci, avant de finalement céder¹⁹. Enfin, 72 résolutions sont adoptées à l'unanimité. La 46^e prend la forme d'une réciprocité linguistique parfaite :

Les langues anglaise et française peuvent être employées au Parlement général et dans ses travaux, et à l'Assemblée législative locale du Bas-Canada, et aussi *devant les tribunaux fédéraux et les tribunaux du Bas-Canada*. (traduction libre ; italiques ajoutés)²⁰

Lorsque la Conférence de Québec prend fin, différentes activités sont organisées afin de promouvoir le projet auprès de la population des colonies. On en retrouve des traces dans les différents quotidiens de l'époque. Les éditoriaux de certains journaux réputés refléter la pensée de l'un ou l'autre des délégués deviennent alors des sources de premier plan pour comprendre l'intention des Pères de la Confédération²¹. Il y a le *Quebec Chronicle*, un quotidien proche de Macdonald, procureur général du Canada-Ouest, le politicien qui domine clairement la scène politique canadienne depuis le début des négociations au sujet de l'union des colonies britanniques de l'Amérique du Nord et qui sera le premier des premiers ministres du nouveau pays après sa création en 1867²². Il y a aussi *La Minerve*, un journal montréalais proche de Cartier, procureur général du Canada-Est, un des principaux artisans du projet de Confédération avec Macdonald, le politicien qui se veut le premier représentant des intérêts des Canadiens français.

Le 28 octobre 1864, le jour suivant la clôture des travaux de la Conférence, *La Minerve* aborde le principe de la 46^e résolution en termes de réciprocité :

Nous sommes aussi à l'aise vis-à-vis de la population anglaise, à laquelle nous avons donné des preuves nombreuses de tolérance et de sympathies. Nous avons demandé et nous demanderons que ses droits soient garantis dans l'organisation des gouvernements locaux. *Mais à son tour, elle ne pourra trouver à redire, si nous voulons pour les nôtres d'égales garanties, dans le gouvernement fédéral.*

¹⁹ Herbert MARX, « Language Rights in the Canadian Constitution », (1967) 2 *R.J.T.* 239, 250.

²⁰ Joseph POPE, *Confederation : Being a Series of Hitherto Unpublished Documents Bearing on the British North America Act*, Toronto, Carswell, 1895, p. 48.

²¹ W. Menzies WHITELAW, « Reconstructing the Quebec Conference », (1983) 19 *Canadian Historical Review* 123, 128.

²² Dans les jours suivants la clôture de la Conférence de Québec, le *Quebec Chronicle* ne traite pas directement de la question de la 46^e résolution. Le 29 octobre 1864, il mentionne toutefois craindre pour l'avenir des « Anglais du Bas-Canada » (en français dans le texte) à l'intérieur d'un régime qui les veut minoritaires. Le journal mentionne qu'il préférerait une union législative à une union fédérale.

Au sein de l'assemblée fédérale, les Anglais du Bas-Canada n'ont rien à craindre, puisque leurs intérêts sont homogènes à ceux de l'élément national qui formera la majorité. Mais nous pouvons avoir quelque chose à appréhender, nous autres, car nous serons là sur le pied d'une minorité, et d'une minorité qui a des intérêts particuliers à sauvegarder. Il nous faudra donc de bonnes et belles garanties, sans quoi nous nous opposerons à la Confédération.

Dans le Bas-Canada, les choses seront renversées. L'élément national qui sera en majorité dans le Congrès, sera en minorité ici ; et vice versa, l'élément qui formera là-bas la minorité, formera ici la majorité. *Il faudra donc placer ici les intérêts particuliers de la minorité hors de l'atteinte de la majorité, comme nous voulons qu'ils le soient dans le gouvernement fédéral.* (italiques ajoutés)²³

Le 3 février 1865 s'ouvre au Parlement du Canada-Uni les célèbres débats parlementaires sur la question de la Confédération des colonies britanniques de l'Amérique du Nord. Les discussions ne sont plus réservées aux seuls cercles fermés des quelques délégués qui sont *a priori* favorables au projet ; tous les parlementaires y participent dans une séance publique. Les 72 résolutions sont présentées comme le fruit de concessions réciproques entre des parties contractantes²⁴. Le gouvernement ne souhaitant pas revenir à la case départ à l'issue du vote – ce que provoqueraient par exemple l'adoption d'amendements ou l'ajout de nouvelles résolutions, qui exigeraient de nouvelles négociations avec les autres colonies –, elles sont débattues en bloc. Au terme des débats, qui dureront plusieurs semaines, les députés seront invités à voter pour ou contre les 72 résolutions.

Les 8 et 10 mars 1865, plusieurs échanges concernent précisément la 46^e. C'est Félix Geoffrion, député de Verchères, un rouge opposé à la Confédération, qui lance les premières flèches. « Maintenant j'attirerai l'attention de la chambre, et surtout des députés canadiens-français, sur la quarante-sixième résolution »²⁵, annonce-t-il d'entrée de jeu le 8 mars, dans un discours livré peut-être principalement en français.

²³ LA MINERVE, Montréal, 28 octobre 1864, p. 2.

²⁴ Dès l'ouverture des débats, Étienne-Paschal Taché, qui occupe le poste de premier ministre du Canada-Uni, fait la lecture en anglais des 72 résolutions de Québec. Puis il prononce quelques mots en français avant d'être immédiatement interrompu par un député d'arrière-ban qui lui demande de s'exprimer en anglais. Taché, qui n'entend pas mener de bataille linguistique, cède sans tarder en se justifiant ainsi de façon laconique : « Comme plusieurs membres anglais ne comprennent pas du tout le français, et que presque tous les membres français comprennent l'anglais, je parlerai dans cette dernière langue. » (DÉBATS PARLEMENTAIRES SUR LA QUESTION DE LA CONFÉDÉRATION DES PROVINCES DE L'AMÉRIQUE BRITANNIQUE DU NORD, 3e sess., Parlement provincial du Canada, Québec, Hunter, Rose et Lemieux, 1865, p. 6)

²⁵ *Id.*, p. 783. Les débats parlementaires sur la Confédération sont publiés en 1865 en anglais et en français dans deux volumes distincts. Puisqu'il n'est que rarement indiqué dans quelle langue ont été prononcés les discours, il est souvent impossible de savoir laquelle des versions est l'original et laquelle est la traduction. Le

En vertu de la 46^e résolution, note-t-il, la langue française « pourra » être utilisée dans les travaux du futur Parlement fédéral, sans plus. Il cite la *Loi d'interprétation* alors en vigueur dans la colonie, qui prévoit ceci : « lorsqu'il est dit qu'une chose pourra être faite, le pouvoir de l'accomplir sera facultatif ». Selon Geoffrion, la résolution rend donc « l'usage de la langue française excessivement précaire », car « il est évident que la majorité [anglaise] pourra décréter, quand elle le voudra, que les bills et les délibérations de nos chambres ne soient pas imprimés en français, et, par conséquent, cette clause ne nous offre aucune garantie, à nous, Canadiens français »²⁶.

Geoffrion ne veut donc pas de « belles et bonnes » explications du gouvernement, selon lequel « notre langue sera amplement protégée sous le nouveau régime ». Il veut que la question soit réglée « formellement » et « en toute lettre dans la constitution », il veut que le terme « devra » soit substitué au terme « pourra ». Pour marquer des points, il reformule son argument pour qu'il tombe sous le sens de la réciprocité. Car ce qu'il demande pour le français à Ottawa, ce n'est rien d'autre que ce que d'autres exigent pour l'anglais à Québec. Et pour être compris, il interpelle directement les députés anglophones, en prenant cette fois possiblement la parole en anglais :

Je demande pardon aux députés anglais d'avoir été obligé d'exiger du gouvernement de plus amples garanties pour nos institutions religieuses et nationales ; mais j'espère qu'ils comprendront que ce n'est pas par esprit d'hostilité contre leurs propres institutions, et que les mêmes motifs qui leur font demander de plus amples garanties pour leurs nationaux, en minorité dans le Bas-Canada, [...] me font aussi demander la même chose pour mes compatriotes. (Écoutez ! Écoutez !)²⁷

C'est Langevin, député ministériel de Dorchester, grand défenseur du projet de Confédération, qui lui répond, sans tarder. Il parle toutefois comme s'il n'avait pas la 46^e résolution sous les yeux, ou comme si l'entente relative à l'usage des langues était autre chose

juriste Claude-Armand Sheppard l'avoue dans une importante étude publiée en 1971 pour le compte de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, et ce, malgré des recherches qu'il considère « diligentes ». Il est néanmoins d'avis qu'« il est raisonnable de supposer que tous les députés anglophones ont pris la parole en anglais. » Il poursuit : « Quant aux francophones, on ne peut que deviner. » (traduction libre) (Claude-Armand SHEPPARD, *The Law of Languages in Canada*, 10, *Studies of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism*, Ottawa, Information Canada, 1971, p. 377 et 378)

²⁶ DÉBATS PARLEMENTAIRES SUR LA QUESTION DE LA CONFÉDÉRATION DES PROVINCES DE L'AMÉRIQUE BRITANNIQUE DU NORD, 3^e sess., Parlement provincial du Canada, Québec, Hunter, Rose et Lemieux, 1865, p. 784.

²⁷ *Id.*, p. 785.

que ce qui a été mis par écrit et qui est maintenant l'objet du débat²⁸. Selon lui, « il a été parfaitement entendu à la conférence de Québec » que les votes, les délibérations et toutes les lois fédérales « seront imprimées dans les deux langues »²⁹.

Mais Geoffrion ne se laisse pas embarquer et rétorque à Langevin : non, la 46^e résolution n'en dit pas autant. Ainsi, « les Canadiens français commettraient une bien inexcusable imprudence » en votant en faveur du projet, car « tôt ou tard la majorité anglaise dans le parlement fédéral pourra proposer et obtenir que les lois ne soient imprimées qu'en anglais »³⁰. Geoffrion répète : le mot « pourra » doit être remplacé par le mot « devra ». S'adressant à la « députation canadienne-française », il ajoute : « Si nous votons ces résolutions telles qu'elles sont, nous voterons sans savoir exactement quelle est la nature des garanties qu'elles nous offrent. (Applaudissements.) »³¹

Retournant l'argument fondé sur la symétrie, Édouard Rémillard, député de Bellechasse, un rouge qui finira par appuyer le projet de Confédération, s'interpose entre Geoffrion et Langevin. Il ne craint pas la formulation de la 46^e résolution. Tout compte fait, puisque le français est à Ottawa ce que l'anglais est à Québec, les francophones ne seront pas, selon Rémillard, à la merci de la majorité anglophone. Avant la clôture des travaux du 8 mars, il suggère ceci : « si l'on peut exclure l'usage de la langue française, on pourra aussi exclure l'usage de la langue anglaise, car toutes deux sont sur un pied d'égalité »³².

La 46^e résolution revient sur le tapis le 10 mars. François Évanturel, député de Québec, un rouge, mais surtout un électron libre qui finit par appuyer le projet de Confédération³³, pose

²⁸ Cette dernière hypothèse est relevée par l'historien Lionel Groulx (Lionel GROULX, *La confédération canadienne*, conférences prononcées à l'Université Laval de Montréal en 1917 et 1918, reproduction intégrale de l'œuvre originale, Stanké, 1978 [réédition], p. 153).

²⁹ DÉBATS PARLEMENTAIRES SUR LA QUESTION DE LA CONFÉDÉRATION DES PROVINCES DE L'AMÉRIQUE BRITANNIQUE DU NORD, 3e sess., Parlement provincial du Canada, Québec, Hunter, Rose et Lemieux, 1865, p. 786.

³⁰ *Id.*

³¹ *Id.*, p. 787.

³² *Id.*

³³ Les historiens peinent à saisir le personnage : « En vérité, il n'est pas toujours aisé de suivre les méandres de ses idées et les fluctuations de ses allégeances politiques, tout au moins jusqu'à la Confédération. » On note aussi ceci au sujet de son passé : « Aux élections de décembre 1857, Évanturel est à nouveau candidat, mais dans deux circonscriptions, et curieusement sous une étiquette différente dans chacune. Dans Québec, il se présente comme indépendant et, dans la cité de Québec, comme membre de l'opposition. Ce "double langage", que lui reproche [le journal] *Le Canadien*, lui coûte sans doute la victoire : il est défait aux deux endroits. » (Gérard LAURENCE, « Évanturel, François », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol.

une question en se défendant de ne pas considérer comme suffisantes les explications offertes par le gouvernement deux jours plus tôt. Il s'avance : met-elle « l'usage des deux langues sur un pied d'égalité dans le parlement fédéral ? »³⁴ Évanturel dit vouloir y revenir uniquement parce que d'autres ont réitéré des inquiétudes au sujet de sa formulation.

Il obtient une réponse de nul autre que Macdonald. L'homme désire taire les critiques en affirmant que la 46^e résolution a été proposée, puis adoptée l'année précédente à l'unanimité lors de la Conférence de Québec, « sans une seule voix dissidente », parce que tous la considèrent comme « raisonnable et juste »³⁵.

Mais plutôt que de taire les critiques, Macdonald les ravive. Car en vertu de la 46^e résolution, selon ce dernier, « les droits des membres Canadiens français de la législature fédérale, relativement à l'usage de leur langue, seront précisément les mêmes que ceux qu'ils possèdent aujourd'hui, dans la législature actuelle du Canada, sous tous les rapports possibles »³⁶. Or, en matière linguistique, les francophones n'exigent-ils pas justement de tourner la page sur le régime de l'*Acte d'Union* plutôt que de voir à ce que leurs droits soient « précisément les mêmes » que ceux qui ont pu être abrogés sous ledit régime ?

Dorion, député d'Hochelaga, celui qui dirige la campagne contre la Confédération, saisit la balle au bond et attaque : aujourd'hui, dans la législature actuelle du Canada, le français ne jouit d'aucune protection. Dorion insiste :

Il n'y a aucune garantie pour le maintien de l'usage de la langue de la majorité du peuple du Bas-Canada, excepté le bon vouloir et la tolérance de la majorité. Et comme la proportion des membres canadiens-français sera beaucoup plus faible dans le parlement fédéral qu'elle ne l'est dans la législature actuelle, cela devrait faire voir aux honorables membres combien nous avons peu de chance de voir se perpétuer l'usage de notre langue dans la législature fédérale.³⁷

12, Université Laval/University of Toronto, 2003, en ligne :

<http://www.biographi.ca/fr/bio/evanturel_francois_12F.html> [consulté le 7 mars 2018]).

³⁴ DÉBATS PARLEMENTAIRES SUR LA QUESTION DE LA CONFÉDÉRATION DES PROVINCES DE L'AMÉRIQUE BRITANNIQUE DU NORD, 3e sess., Parlement provincial du Canada, Québec, Hunter, Rose et Lemieux, 1865, p. 942.

³⁵ *Id.* Cet argument revient souvent chez les défenseurs du projet, qui taisent les hésitations à adopter une réciprocité parfaite. Voir aussi Joseph CAUCHON, *L'union des provinces de l'Amérique britannique du nord*, Québec, Imprimerie de A. Côté et cie, 1865, p. 129.

³⁶ DÉBATS PARLEMENTAIRES SUR LA QUESTION DE LA CONFÉDÉRATION DES PROVINCES DE L'AMÉRIQUE BRITANNIQUE DU NORD, 3e sess., Parlement provincial du Canada, Québec, Hunter, Rose et Lemieux, 1865, p. 942.

³⁷ *Id.*, p. 943.

Franc-tireur, Dorion force ainsi Macdonald à revenir sur le sujet. Il provoque également l'intervention de Cartier. En fait, le tandem Macdonald-Cartier clôt le débat sur la 46^e résolution³⁸. La réponse de Macdonald et l'intervention de Cartier coulent aussi, surtout, dans le béton l'intention symétrique qui se dégage des débats parlementaires sur la question de la Confédération des colonies britanniques de l'Amérique du Nord :

L'Honorable Procureur-Général Macdonald : Je conviens avec l'honorable député d'Hochelaga [Dorion] qu'aujourd'hui cela est laissé à la majorité ; mais afin d'y remédier, il a été convenu dans la conférence [de Québec] d'introduire cette disposition dans l'acte impérial. (Écoutez ! Écoutez !) Cela a été proposé par le gouvernement canadien par crainte qu'il survienne plus tard un accident, et les délégués de toutes les provinces ont consenti à ce que l'usage de la langue française formât l'un des principes sur lesquels serait basée la confédération, et que son usage, tel qu'il existe aujourd'hui fût garanti par l'acte impérial. (Écoutez ! Écoutez !)

L'Honorable Procureur-Général Cartier : J'ajouterai à ce que vient de dire l'honorable procureur-général du Haut-Canada [Macdonald], en réponse à l'honorable député du comté de Québec [Évanturel], et à l'honorable député d'Hochelaga [Dorion], qu'il fallait aussi protéger la minorité anglaise du Bas-Canada, relativement à l'usage de sa langue, parce que dans le parlement local du Bas-Canada la majorité sera composée de Canadiens français. Les membres de la conférence ont voulu que cette majorité ne pût pas décréter l'abolition de l'usage de la langue anglaise dans la législature locale du Bas-Canada, *pas plus que* la majorité anglaise de la législature fédérale ne pourra le faire pour la langue française. J'ajouterai aussi que l'usage des deux langues sera garanti dans l'acte impérial basé sur ces résolutions. (Écoutez ! Écoutez !) (italiques ajoutés)³⁹

Le vote le plus important a lieu le même jour, le 10 mars 1865, en fin de journée. Les 72 résolutions de Québec sont adoptées en bloc, à 91 voix contre 33. Les députés du Canada-Ouest se prononcent très largement en faveur du projet ; 54 pour et 8 contre. Du côté du Canada-Est, le vote est plus serré : le projet est voté à 37 voix contre 25⁴⁰. Des délégués devront maintenant se rendre à Londres pour récrire les 72 résolutions, voire les retravailler

³⁸ Après Macdonald et Cartier, Dorion reprend la parole pour répéter en d'autres termes les arguments qu'il a déjà soumis et pour revenir sur des commentaires faits deux jours plus tôt par son collègue Geoffrion. Plus tard le 10 mars, Charles B. De Niverville, député de Trois-Rivières, qui appuie le projet de Confédération, mentionne qu'il croit suffisantes les protections linguistiques qu'il a sous les yeux. C'est ainsi que prend fin le débat sur la 46^e résolution.

³⁹ DÉBATS PARLEMENTAIRES SUR LA QUESTION DE LA CONFÉDÉRATION DES PROVINCES DE L'AMÉRIQUE BRITANNIQUE DU NORD, 3^e sess., Parlement provincial du Canada, Québec, Hunter, Rose et Lemieux, 1865, p. 943.

⁴⁰ En ne comptant que le vote des députés canadiens-français, l'appui reste majoritaire, mais encore plus serré : 26 pour et 22 contre. C'est l'historien Gilles Laporte qui souligne ce fait.

avec l'aide des autorités coloniales, pour qu'elles prennent la forme d'un projet de loi soumis au vote au Parlement impérial.

Pendant ce temps, les colonies de l'Atlantique se mettent à hésiter. Vont-elles se joindre ou non au projet d'union fédérale des colonies britanniques d'Amérique du Nord ? Terre-Neuve et l'Île-du-Prince-Édouard se retirent les premières, et définitivement, pour le moment. Au Nouveau-Brunswick, des adversaires du projet remportent les élections. Le gouvernement de la Nouvelle-Écosse semble quant à lui vouloir revenir à l'idée d'une union qui ne concernerait que les provinces maritimes.

L'objet de la 46^e résolution n'attire pas particulièrement l'attention dans ces territoires. Tout au plus, deux députés de l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick opposés aux 72 résolutions associent le bilinguisme qui y est protégé à une mesure entretenant les problèmes de races (les races française et anglaise) qui ponctuent la vie politique du Canada-Uni. Selon eux, le projet est susceptible de favoriser la propagation de ces problèmes ailleurs dans l'Amérique du Nord britannique⁴¹. Pour cette raison, et pour d'autres, il doit être rejeté.

Mais le gouvernement britannique souhaite l'union de ses colonies. Il s'active. Un nouveau gouverneur favorable à la Confédération est nommé à la tête de la Nouvelle-Écosse. Il appelle aussi les électeurs néo-brunswickois à appuyer le projet lors de nouvelles élections. Coup de théâtre, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse décide de se rallier aux 72 résolutions de Québec. Et une nouvelle élection au Nouveau-Brunswick reporte les partisans du projet au pouvoir. Ces deux colonies décident d'envoyer des représentants dans la métropole britannique. Les délégués du Canada-Uni, dont Macdonald, Cartier, Langevin et Galt, les y rejoignent. La Conférence de Londres peut avoir lieu comme prévu.

La Conférence de Londres se tient du 4 au 24 décembre 1866 sous la présidence de Lord Carnarvon, secrétaire d'État aux colonies. De nouvelles résolutions, construites à partir des 72 de Québec, sont adoptées. Les documents de travail qui ont survécu aux négociations sont

⁴¹ Janet AJZENSTAT, Paul ROMNEY, Ian GENTLES et William D. GAIRDNER, *Débats sur la fondation du Canada*, édition française préparée par Stéphane KELLY et Guy LAFOREST, traduit de l'anglais par Jude DES CHÊNES, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004, p. 361 et 362.

de peu d'intérêt⁴². La 46^e résolution de Québec est reprise mot pour mot⁴³. Reste maintenant à faire un projet de loi avec les nouvelles résolutions.

La L.C. 1867 est le fruit des négociations qui réunissent en janvier et février 1867 les délégués du Canada-Uni, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick et les autorités coloniales, dont Lord Carnarvon. Sept versions différentes ont été successivement rédigées avant que la version officielle voit le jour, celle qui a été adoptée par le Parlement impérial. Il n'existe pas de procès-verbaux ou de comptes rendus officiels des travaux qui ont culminé avec le dépôt d'un projet de loi⁴⁴. Cependant, chacune de ces sept versions préliminaires a été récupérée par Joseph Pope, le biographe de Macdonald, qui les a regroupées et publiées en 1895 dans un volume incontournable intitulé *Confederation : Being a Series of Hitherto Unpublished Documents Bearing on the British North America Act*.

Bien que la proposition de Galt visant à limiter le bilinguisme des tribunaux fédéraux au seul territoire québécois n'ait pas survécu aux débats qui ont eu lieu à Québec en 1864, ses partisans semblent être revenus à la charge durant les négociations entourant la rédaction de la L.C. 1867. Du moins, la question a été soulevée. Sous sa deuxième version, datée du 23 janvier 1867, qui reprend la réciprocité complète de la 46^e résolution de Québec, on retrouve la note suivante : « Qu. si, s'agissant des tribunaux de la colonie unie, cela ne devrait pas être limité aux tribunaux siégeant au Bas-Canada » (traduction libre)⁴⁵. Les doutes ne renverseront toutefois pas l'entente votée à Québec : toutes les versions de la L.C. 1867 confirment la réciprocité linguistique parfaite.

La cinquième version, datée du 2 février, voit apparaître des protections obligatoires (le « pourra » devient un « devra ») au sujet des documents issus des travaux des parlements fédéral et québécois. Ces protections obligatoires, les députés du Canada-Est les attendent depuis qu'ils ont reçu des garanties en ce sens à l'occasion des débats parlementaires de 1865. Elles apparaissent enfin. À la sixième version, non datées, les protections obligatoires sont

⁴² Clifford Ian KYER, « Has History a Role To Play in Constitutional Adjudication : Some Preliminary Considerations », (1981) 15 *Law Society of Upper Canada Gazette* 135, p. 146.

⁴³ Joseph POPE, *Confederation : Being a Series of Hitherto Unpublished Documents Bearing on the British North America Act*, Toronto, Carswell, 1895, p. 107.

⁴⁴ Joseph POPE, *Memoirs of the Right Honourable Sir John Alexander Macdonald, First Prime Minister of the Dominion of Canada*, vol. 1, Ottawa, J. Durie, 1894, p. 311.

⁴⁵ Joseph POPE, *Confederation : Being a Series of Hitherto Unpublished Documents Bearing on the British North America Act*, Toronto, Carswell, 1895, p. 156.

précisées : les documents issus des travaux des parlements fédéral et québécois doivent être bilingues, y compris les lois, qui doivent être imprimées et publiées en anglais et en français. La septième version, la dernière version préliminaire, produite le 9 février, prend la forme qui est celle de l'article 133.

Le 19 février 1867, Lord Carnavon présente le projet de loi devant la Chambre des lords, au Parlement britannique. Il raconte ses origines, remontant à l'*Acte d'Union*, puis insiste sur le fait qu'il reprend *grosso modo* les 72 résolutions de Québec et plus directement ses dispositions concernant la distribution des sièges à la Chambre des communes et la création d'une chambre haute. Selon lui, le projet de loi, qui consacre une entité fédérale, s'apparente à un « traité » entre « parties contractantes » qui « consentent » à « remettre [*surrender*] certains pouvoirs, droits et prétentions [...] entre les mains de l'autorité centrale » (traduction libre). Pour cette raison, les législateurs sont appelés à ne pas y proposer de modifications significatives.

Carnavon n'aborde pas explicitement l'article 133, mais expose le cas particulier du Québec (ou Bas-Canada) qui, « avec sa race, sa langue et ses institutions distinctes », est peuplé d'anciens sujets français « jaloux » et « légitimement fiers » de leurs « coutumes et traditions ancestrales » (traduction libre). En parlant du « consentement » du Québec à rejoindre un plus grand ensemble, Carnavon laisse entendre qu'il s'agit d'une preuve que les articles des documents de capitulation et des traités qui cèdent le Canada à la Grande-Bretagne après la guerre de Sept Ans ont été respectés⁴⁶.

Le projet de loi est très sommairement débattu devant les deux chambres du Parlement impérial, et le mois suivant, en mars 1867, l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* est adopté. Il entre en vigueur le 1^{er} juillet 1867. L'article 133 est une réalité :

133. Dans les chambres du parlement du Canada et les chambres de la législature de Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif ; mais dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire ; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par-devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada qui seront établis sous l'autorité de la présente loi, et par-devant tous les tribunaux ou

⁴⁶ HOUSE OF LORDS HANSARD, vol. 185, Londres, 19 février 1867, p. 557-582.

émanant des tribunaux de Québec, il pourra être fait également usage, à faculté, de l'une ou de l'autre de ces langues.

Les lois du parlement du Canada et de la législature de Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues. (traduction)⁴⁷

La facture de l'article 133 est donc symétrique. Telle est également l'intention de ses rédacteurs, comme le révèle une étude systématique de chacune des étapes ayant mené à son adoption : traiter symétriquement les deux langues sur un certain nombre de points devant les institutions fédérales et québécoises. Il ne s'applique pas aux provinces limitrophes du Québec, où on retrouve d'importantes minorités françaises à l'époque⁴⁸. Mais là où il trouve application, au Québec et au fédéral, l'article 133 trouve application symétriquement. C'est cette réalité qui structurera le débat sur les droits linguistiques pour l'avenir, lorsque le Québec est concerné.

- La symétrie comme reconnaissance de notre existence nationale

Les années qui suivent 1867 révèlent les débuts tranquilles de l'interprétation symétrique par les tribunaux. Aucune controverse n'est d'abord en vue. Peut-il en être autrement alors que Québec voit dans cette conception de l'article 133 la reconnaissance de l'existence nationale des Canadiens français ? Dans l'ouvrage *La confédération canadienne*, issu de conférences prononcées en 1917 et 1918, l'historien Lionel Groulx dit ceci en traitant de 133 : « L'Acte impérial porte à sa face même la reconnaissance du droit distinct des deux races. »⁴⁹ De ce

⁴⁷ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Codification administrative des Lois constitutionnelles de 1867 à 1982*, Ottawa, Éditions du gouvernement du Canada, 2001, p. 47 et 48. Il faut savoir que seule la version anglaise possède un caractère officiel, et ce, encore aujourd'hui. Il en existe donc plusieurs traductions françaises, toutes non officielles. Cette réalité ne change rien à notre propos : peu importe la version, les termes de l'article 133 font référence à un régime symétrique.

⁴⁸ Certains voudront dire que 133 est en conséquence l'expression d'un phénomène asymétrique, car en ne trouvant application qu'au Québec et au fédéral, à l'exclusion des autres provinces, Québec se trouve à assumer davantage d'obligations de bilinguisme que le reste du Canada, ce qui est une forme d'asymétrie. Ce fait n'est pas étudié outre mesure. Notons seulement qu'il n'est pas de nature à pouvoir réconcilier la francophonie canadienne. De plus, nous faisons nôtre les propos suivants du professeur Benoît Pelletier : « Il importe de ne pas confondre l'asymétrie originelle dans l'aménagement des droits linguistiques au Canada avec celle dont il est maintenant question. La première ne visait pas à corriger les lacunes de l'égalité formelle et encore moins à ce que justice soit faite en tenant compte des disparités factuelles ; elle était plutôt le fruit d'un rapport de force politique défavorable aux francophones. » (Benoît PELLETIER, *Une certaine idée du Québec : Parcours d'un fédéraliste. De la réflexion à l'action*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2010, p.112).

⁴⁹ Lionel GROULX, *La confédération canadienne*, conférences prononcées à l'Université Laval de Montréal en 1917 et 1918, reproduction intégrale de l'œuvre originale, Montréal, Stanké, 1978 (réédition), p. 155.

point de vue, c'est l'égalité des Canadiens français et des Canadiens anglais qui est enchâssée dans la Constitution. Qui dit mieux ?

Après Groulx, François-Albert Angers va jusqu'à dire que 133 représentait pour l'époque une véritable charte du Canada français : « Les Canadiens français ont longtemps soutenu qu'il avait fait du Canada un pays bilingue, où le français devrait avoir tous les droits, donc le droit à des écoles françaises partout. »⁵⁰ On présume qu'il contenait la plénitude des droits :

Pour nous Canadiens français, toutes nos luttes en faveur des écoles françaises partout au Canada, de la monnaie, des timbres et des chèques bilingues dans l'administration fédérale, de la publication en français de tous les documents émanant du gouvernement fédéral, etc., tout cela nous apparaissait revendication de droits qui nous étaient garantis par l'article 133.⁵¹

Ainsi, durant le premier siècle suivant la Confédération, Québec considère que la protection du français exige le recours au parfait bilinguisme institutionnel. Sauf une fois, en 1937. Le législateur québécois se ravise aussitôt, en 1938⁵². À cette occasion, la symétrie apparaît comme un motif de division de la francophonie canadienne. Elle montre également qu'elle peut constituer un piège pour un Québec qui voudrait mettre de l'avant une politique d'affirmation du français. La société québécoise n'est toutefois toujours pas mûre pour un tel changement d'idéologie. La réciprocité reste la seule conception acceptable des droits linguistiques jusqu'aux années 1960.

b) Les premières interprétations judiciaires des droits linguistiques, et un soubresaut à Québec

Avant la forte polarisation des relations Québec-Canada autour de la question linguistique durant les années 1960, la jurisprudence portant sur l'article 133, ou plus largement sur les droits linguistiques, est plutôt maigre. Deux affaires seulement sont tranchées par la Cour suprême du Canada.

- La symétrie, naturellement

⁵⁰ François-Albert ANGERS, *Les droits du français au Québec*, Montréal, Éditions du Jour, 1971, p. 18.

⁵¹ *Id.*, p. 20.

⁵² *Loi relative à l'interprétation des lois de la province*, S.Q. 1937, c. 13 ; *Loi relative à la Loi I George VI, chapitre 13*, S.Q. 1938, c. 22.

La première, l'affaire *Robinson*, naît au Québec d'un litige portant sur le délai de prescription d'un recours en responsabilité civile. Ce dernier est intenté par la veuve d'un employé du Canadian Pacific Railway décédé le 13 novembre 1883 des suites d'un accident du travail subi 15 mois plus tôt. Son volet linguistique est relatif au conflit existant entre les versions française et anglaise du Code civil, qui, en raison d'une traduction imparfaite d'un texte à l'autre, ne disent pas la même chose.

Sans entrer dans les détails, qui ne sont pas pertinents ici, retenons que la version française du Code est favorable à la cause de la veuve, alors que la version anglaise protège les intérêts de la compagnie ferroviaire. Selon la première, le délai de prescription serait de deux ans à partir de l'accident ; le recours étant intenté dans les délais, la veuve aurait droit à des dommages-intérêts pour les pertes qu'elle et sa fille ont subies en raison du décès du mari et père de famille. Selon la seconde, ce délai serait d'un an à partir de l'accident et le recours conséquemment prescrit.

En 1891, la Cour suprême tranche, dans un jugement majoritaire, en faveur de la compagnie ferroviaire⁵³. Selon le juge Taschereau, la version anglaise du Code est claire et « ne laisse place à aucune controverse » (traduction libre)⁵⁴. Ainsi, même si la version française peut vouloir dire autre chose, Taschereau croit qu'il y a moyen de lire celle-ci de façon à la réconcilier avec la version anglaise.

Que le Code ait été rédigé dans une langue, puis traduit imparfaitement dans l'autre, qu'il réponde d'abord du génie d'une langue plutôt que celui d'une autre est sans importance. Taschereau raisonne de la façon suivante : « La version anglaise ne peut être mise de côté. Elle a été soumise à la législature, promulguée et sanctionnée en même temps que la version française, et elle a le même statut que la version française. » (traduction libre)⁵⁵

L'arrêt *Robinson* confirme donc le régime établi par l'article 133 : le bilinguisme législatif met les deux langues sur un pied d'égalité. Il faut ajouter qu'il aurait été difficile d'imaginer

⁵³ Avant qu'elle n'atteigne la Cour suprême, l'affaire est entendue par nul autre qu'Antoine-Aimé Dorion, qui, après sa carrière d'homme politique pourfendeur du projet de Confédération, accepte le poste de juge en chef de la Cour du banc de la reine (l'ancêtre de la Cour d'appel du Québec), qu'il occupe de 1874 à 1891.

⁵⁴ *Canadian Pacific Railway Company v. Robinson*, (1891) 19 S.C.R. 292, 325.

⁵⁵ *Id.* La veuve fera appel de la décision au Comité judiciaire du Conseil privé de Londres, qui joue le rôle de tribunal de dernière instance pour le Canada à l'époque. Pour d'autres motifs, celui-ci tranchera en faveur de la veuve dans un jugement rendu l'année suivante, en 1892 : [1892] A.C. 481, [1892] U.K.P.C. 37.

la Cour suprême exclure la version anglaise du Code civil dans un jugement rendu en 1891. Comme le souligne Jean-Charles Bonenfant, professeur de droit à l'Université Laval, anciennement secrétaire du premier ministre Maurice Duplessis (jusqu'en 1939) et ensuite directeur de la Bibliothèque de l'Assemblée nationale du Québec (jusqu'en 1969), la législation québécoise de l'époque est principalement le fruit de textes anglais accompagnés de traductions françaises. Il en est ainsi de 1791 à 1867, sous l'*Acte constitutionnel*⁵⁶ et l'*Acte d'Union*, mais aussi après 1867 : « Je vais peut-être vous surprendre et je ne peux pas vous apporter de preuve historique formelle, mais j'en suis à peu près sûr : la majorité des lois du Québec dans tous les domaines ont été rédigées d'abord en anglais jusqu'aux environs de 1920 et pour plusieurs raisons. »⁵⁷

À l'époque, poursuit Bonenfant, « la plupart de nos lois étaient inspirées par des lois des autres provinces du Canada ou par des lois des États voisins »⁵⁸. Il donne l'exemple de la législation québécoise en matière d'assurance, alors copiée sur celle de l'État de New York. Bonenfant croit que le texte français prend de plus en plus d'autonomie à partir de 1936, avec l'arrivée de Duplessis au pouvoir.

Quoi qu'il en soit, l'arrêt *Robinson* est conforme à l'intention des Pères de la Confédération : pour protéger l'anglais à Québec, il faut trancher en faveur de l'égalité des deux versions française et anglaise d'un texte québécois. Et si la logique est symétrique, il faut, pour protéger le français à Ottawa, retenir le même raisonnement dans le cas d'une loi fédérale. Il s'agit de l'affaire *Dubois*.

Cette deuxième affaire est portée par les parents d'un jeune homme décédé à Ottawa en 1931 des suites d'un accident de la route impliquant une automobile du gouvernement du Canada. Afin de trouver réparation, ils plaident une loi qui énonce la responsabilité de la Couronne pour les dommages causés dans certaines circonstances par la négligence d'un de ses employés agissant dans le cadre de ses fonctions ou de son emploi. Mais voilà : la version

⁵⁶ 31 George III, 1791, c. 31 (R.-U.).

⁵⁷ Jean-Charles BONENFANT, « Perspective historique de la rédaction des lois au Québec », dans Michel SPARER (dir.), *Propos sur la rédaction des lois*, Québec, Conseil de la langue française, 1979, p. 1, à la page 6.

⁵⁸ *Id.*, p. 7.

anglaise définit largement ces circonstances qui peuvent engager la responsabilité du gouvernement fédéral, alors que la version française les définit plus strictement.

Jonglant avec la version anglaise de la loi, la Cour considère que ses termes ne sont pas suffisamment clairs pour inclure une responsabilité en tout lieu, y compris dans le cadre d'un simple déplacement sur la route en automobile. Le gouvernement fédéral serait responsable des dommages causés par la négligence d'un de ses employés agissant dans le cadre de ses fonctions ou de son emploi, et non *accessoirement* à ses fonctions ou à son emploi, par exemple, dans une situation où il s'agit de se rendre sur le lieu de travail ou d'en revenir.

Pour justifier son raisonnement, la Cour s'appuie notamment sur la version française de la loi, « qui ne peut être ignorée » (traduction libre). Pourquoi ? Parce que cette version de la loi est votée « en même temps et selon la même procédure » que sa version anglaise (traduction libre). Ce texte est donc un texte du Parlement du Canada « au même titre que les textes du même article, exprimés en anglais » (traduction libre)⁵⁹. Dans l'arrêt *Dubois*, rendu en 1935, la Cour suprême retient une interprétation stricte de la version anglaise en prétextant que la version française, qui a le même statut, milite notamment pour une telle interprétation stricte⁶⁰. Les parents du jeune homme décédé sont déboutés.

Lues l'une avec l'autre, les affaires *Robinson* et *Dubois* témoignent d'une interprétation parfaitement symétrique. Comme l'ont voulu les Pères de la Confédération, ce qui est donné à l'anglais à Québec l'est également au français à Ottawa, et dans la même mesure. Il est fascinant de constater que la construction du régime établi par l'article 133 repose jusqu'ici sur des considérations purement intuitives. Nul besoin de plonger dans l'histoire législative pour trouver l'intention du constituant.

Dans ces affaires, toutefois, l'enjeu de l'interprétation asymétrique est complètement absent. Personne ne tente de forcer le jeu en ce sens. Ce n'est que lorsque des divisions structurelles se profileront dans la francophonie canadienne que cet enjeu apparaîtra. Dans la controverse, il va sans dire, les juges devront adopter une meilleure stratégie que celle de l'intuition. Pour

⁵⁹ *The King v. Dubois*, [1935] S.C.R. 378, 401 et 402.

⁶⁰ L'affaire ne sera pas l'objet d'un appel au Comité judiciaire du Conseil privé de Londres.

protéger à l'avenir l'institution judiciaire, ils raccrocheront leurs jugements à l'intention législative sur les langues officielles, trouvée souvent dans les travaux préparatoires.

Mais nous n'y sommes toujours pas. Avant les années 1960, les avancées et reculs entourant les lois québécoises de 1937 et 1938 démontrent que la symétrie est susceptible de diviser la francophonie canadienne et de piéger un Québec qui voudrait adopter une politique de promotion du français. Le législateur fédéral peut prendre des notes.

- En attendant le piège

En 1867, l'intention n'est ni de diviser la francophonie canadienne ni de piéger le Québec. Et aucun affrontement n'apparaît sur le radar tant que Québec croit que la défense du français passe par l'accroissement du bilinguisme chez lui et à Ottawa. La ligne est maintenue durant près de cent ans, sauf à une occasion.

En 1937, le gouvernement dirigé par Duplessis voit à l'adoption de la Loi relative à l'interprétation des lois de la province (communément appelée loi 38, sur la base du projet de loi du même nom), une législation qui fait prévaloir la version française de toutes les lois québécoises, y compris du Code civil, dans les cas révélant l'existence d'ambiguïtés entre les versions françaises et anglaises des lois⁶¹. À l'Assemblée législative, lors de la deuxième lecture du projet le 15 avril, le ministre des Affaires municipales, du Commerce et de l'Industrie, Joseph Bilodeau, justifie l'initiative en mentionnant que des juges ont retenu la version anglaise des lois québécoises alors que la « plupart de nos lois sont d'abord rédigés en français » et que « le français est ici la langue de la majorité ». Un député accueille le projet avec enthousiasme : nous « saurons une fois pour toutes quel texte prévaut dans l'interprétation d'une loi »⁶².

L'opposition officielle dirigée par T.-D. Bouchard appuie le projet, mais précise qu'il pourrait causer « des inconvénients ». Bouchard souligne que la version originale de plusieurs lois québécoises se trouve dans le texte anglais. Alors, si la version française doit primer dans tous les cas, la loi 38 cautionne-t-elle d'emblée le fait qu'à l'avenir c'est le traducteur qui sera le véritable législateur dans un certain nombre de cas ? Bouchard ajoute :

⁶¹ S.Q. 1937, c. 13.

⁶² ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE DU QUÉBEC, *Débats de l'Assemblée législative*, 20^e légis., 2^e sess., 15 avril 1937, p. 10.

« Celui qui prépare une loi est en meilleure posture pour dire ce qu'elle veut dire que celui qui l'a traduite subséquemment. » Il demande enfin si le Barreau du Québec a été consulté. Le ministre Bilodeau répond : « Ce n'était pas nécessaire. »⁶³ Le projet de loi est immédiatement adopté, le 15 avril, à l'unanimité, puis sanctionné le 20 mai 1937.

Les réactions ne tardent pas. Le jour de sa sanction, la loi 38 est dénoncée dans les pages du quotidien montréalais *The Gazette*. La chronique « *What Does It Mean ?* » (« Qu'est-ce que ça veut dire ? » [traduction libre]) du 20 mai critique d'une part la loi sur le fond. En raison d'une « limitation arbitraire », les juges se voient retirer la possibilité d'appuyer leurs jugements sur la version anglaise des lois afin de trouver leur sens véritable (traduction libre)⁶⁴. La loi 38 n'améliore donc pas la clarté législative. En outre, de souligner le quotidien, certaines lois québécoises trouvent toujours leur version originale dans le texte anglais.

D'autre part, la chronique plaide l'article 133. La loi 38 viendrait en trahir le principe et, puisque ce sont les Canadiens français qui ont insisté pour le voir enchâssé dans la Constitution en 1867, son reniement par Québec, suggère *The Gazette*, pourrait entraîner son reniement à Ottawa et de graves conséquences pour les minorités françaises ailleurs au Canada. La suggestion est présentée sous forme de question : « Si ce principe doit être violé dans cette province pour le bénéfice de laquelle il a été établi, comment sera-t-il traité à l'avenir dans d'autres parties du Dominion où la situation des races est renversée ? »⁶⁵

The Gazette se demande : la loi peut-elle contribuer à préserver la paix existante entre les deux races au Québec et au Canada ? C'est alors que la communauté anglo-québécoise (« *the English-speaking minority* ») est mise sur le même pied exactement que les minorités françaises du reste du Canada. En conséquence, si l'anglais reçoit moins de protection à Québec, le français en recevra nécessairement moins à Ottawa et ailleurs au Canada. Selon le quotidien, les Anglo-Québécois accueilleront avec plaisir une déclaration rassurante de la

⁶³ *Id.*, p. 11.

⁶⁴ THE GAZETTE, « What Does It Mean? », Montréal, 20 mai 1937, p. 8.

⁶⁵ La traduction provient du quotidien *Le Devoir*, qui reprend des passages de la chronique du journal *The Gazette* dans son édition du 21 mai 1937 : Omer HÉROUX, « Les commentaires de la "Gazette" », *Le Devoir*, 21 mai 1937, p. 1.

part de Duplessis, « comme le feront sans doute ces Canadiens français qui occupent dans les autres provinces des situations minoritaires »⁶⁶.

Le lendemain, 21 mai, c'est le quotidien *Le Devoir* qui traite de la loi 38. On reprend, à la une, de longs passages de la chronique parue la veille dans *The Gazette*. Le journaliste Omer Héroux se porte à la défense des minorités françaises : « que vient faire là-dedans cette indirecte et sourde menace aux Canadiens français qui occupent dans les autres provinces des situations minoritaires ? » Il ajoute : « La *Gazette* entend-elle que l'acte de la Législature devrait entraîner la décapitation de tous les fonctionnaires ou dignitaires français des autres provinces ? » Héroux semble vouloir valider la suggestion proposée par *The Gazette*. Car s'il est vrai, dans une logique de réciprocité, que moins de protection pour l'anglais à Québec doit aboutir à moins de protection pour le français dans le reste du Canada, l'inverse, souligne le journaliste, devient également possible. Et c'est en conséquence l'escalade. En conclusion, Héroux écrit : « il n'est pas sûr que le massacre, s'il se produisait au-delà de nos frontières, n'entraînerait pas ailleurs des représailles »⁶⁷.

Ainsi, la loi 38 fait réagir, et probablement plus que ce que Duplessis avait prévu. Le 14 juin, le premier ministre convoque les médias. L'événement fait la une du quotidien *Le Devoir*. À cette occasion, Duplessis déclare que « [c]eux qui voient une question de race en cette affaire ont tort ». La loi, au contraire, a pour « seul but [...] de clarifier la situation dans l'interprétation des lois de la province ». Duplessis veut ramener le débat sur ce terrain :

Une des grandes lacunes et un des grands inconvénients de la législation, à Québec, dans un bon nombre de lois, c'est le manque de clarté, ce qui est un grave inconvénient, puisque le manque de clarté entraîne la multiplication des procès et rend la jurisprudence incertaine, ce qui n'est dans l'intérêt ni des justiciables ni de la justice.

Duplessis sait que des considérations impliquant l'article 133 sont en arrière-plan. Il sait donc que la question qui se pose à Québec se pose exactement dans les mêmes termes à Ottawa :

À la Législature de Québec, toutes les lois sont étudiées en français, ajoute M. Duplessis, car elles sont amenées devant la Chambre par la grande majorité des députés de langue française. Au parlement d'Ottawa, au contraire, les lois sont

⁶⁶ Cette traduction est celle, encore, parue dans *Le Devoir*.

⁶⁷ Omer HÉROUX, « Les commentaires de la "Gazette" », *Le Devoir*, 21 mai 1937, p. 1.

étudiées en anglais, parce que la grande majorité des députés sont de langue anglaise. C'est donc la même raison d'agir qui prévaut dans les deux cas.⁶⁸

En tout état de cause, c'est l'opposition à la loi 38 qui a raison des objectifs défendus par Duplessis. Le Barreau de Montréal, un ancien juge de la Cour suprême du Canada, le Board of Trade, l'Université McGill, les institutions protestantes du Québec et l'opinion publique au Canada anglais demandent l'abrogation de la loi⁶⁹. Le 31 mars 1938, Duplessis présente à l'Assemblée législative la Loi relative à la Loi I George VI, chapitre 13 (communément appelée loi 69, sur la base du projet de loi du même nom), une législation qui rétablit l'égalité autorité des versions françaises et anglaises des lois québécoises⁷⁰. L'opposition officielle exige des explications.

En deuxième lecture, toujours le 31 mars, Duplessis offre de très longues explications. D'abord sur le fond, le premier ministre revient sur l'intention qui l'animait :

J'étais, avec mes collègues, sous l'impression que les lois de la province de Québec étant rédigées et étudiées en français, cette rédaction servait à guider les juges dans la rédaction de leurs décisions. L'intention des législateurs joue un rôle important en matière d'interprétation ; il valait mieux donner la préséance au texte français.⁷¹

Or, même à ce niveau, il y aurait des difficultés. Car comme lui ont fait savoir des « juristes » et « plusieurs éminents juges », le tiers du Code civil aurait pour version originale le texte anglais.

Mais l'essentiel des explications n'est pas là. Le préambule de la loi 69 indique en guise de justification que la priorité au texte français des lois québécoises « peut provoquer des froissements ». Ainsi, Duplessis ne souhaite pas « froisser » le Canada anglais. Car il connaît l'article 133. Et si l'anglais est moins protégé à Québec, réciproquement, le français le sera moins à Ottawa :

On a représenté également qu'à Ottawa le principe du bilinguisme dans la présentation des projets de loi était reconnu et officiel, et que décréter la priorité exclusive d'une langue dans une province pourrait porter un coup mortel au principe

⁶⁸ LE DEVOIR, « La priorité du français dans l'interprétation des lois de la province de Québec », 14 juin 1937, p. 1.

⁶⁹ Éric POIRIER, « Défense de la langue française sans faux pas », (janvier-février 2017 – numéro du centenaire) *L'Action nationale* 203, 207.

⁷⁰ S.Q. 1938, c. 22.

⁷¹ ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE DU QUÉBEC, *Débats de l'Assemblée législative*, 20^e légis., 3^e sess., 31 mars 1938, p. 23.

du bilinguisme à Ottawa. Comme cette loi pouvait provoquer des froissements nuisibles à l'harmonie qui doit exister entre les deux races, nous avons décidé, sans sacrifier aucun de nos droits et aucun des droits de la province, d'éviter tout danger de froissement, tout en rendant justice à tous.⁷²

La symétrie est donc l'horizon indépassable de la réflexion sur les droits linguistiques.

Duplessis poursuit ainsi :

Il ne faut pas oublier que la population de langue française représente un neuvième de la population totale du Canada, et que les autres huit-neuvièmes des citoyens de la Confédération sont de langue anglaise. Nous voulons vivre en paix et en harmonie avec nos frères de langue anglaise, avec les provinces voisines, sans sacrifier aucun de nos droits, mais en rendant justice à tous, et en respectant l'esprit du pacte confédératif, pacte basé sur le respect mutuel et la reconnaissance des droits des deux grandes races dans ce pays, et particulièrement dans cette province.

Thomas Joseph Coonan, un ministre sans portefeuille, intervient ensuite pour appuyer le premier ministre. Il fallait abroger la loi 38, car celle-ci, de dire Coonan, « pouvait entraîner des frictions dangereuses entre les deux grandes races officielles de ce pays », et occasionner des contrecoups dans le reste du Canada : « C'est un geste du peuple canadien français envers le peuple anglais de cette province, un geste qui sera entendu et apprécié dans toutes les parties du Canada où réside une minorité canadienne-française ; ce geste y aura des répercussions. »⁷³

L'opposition officielle donne aussi son appui ; Bouchard mentionnant notamment l'importance de la « bonne entente entre les deux grandes races »⁷⁴. La loi 69 est immédiatement adoptée à l'unanimité, le 31 mars même.

Le lendemain, 1^{er} avril 1938, *Le Devoir* titre à la une : « M. Duplessis fait machine arrière ». On décrit le débat de la veille à l'Assemblée législative, une « séance d'un vif intérêt »⁷⁵. La défunte loi 38 est décrite comme une loi qui reconnaissait « de façon tangible l'importance première de la langue française, dans la province, et lui donn[ait] un nouveau titre d'officialité en terre canadienne ». Les objectifs de simplification et de clarification sont également mis de l'avant.

⁷² *Id.*, p. 24.

⁷³ *Id.*

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ Alexis GAGNON, « M. Duplessis fait machine arrière », *Le Devoir*, 1^{er} avril 1938, p. 1.

Mais, il y avait du « mécontentement dans de nombreux milieux anglais ». Donc, reprenant les mots de Duplessis, *Le Devoir* rapporte que la loi « pouvait être de nature à créer des froissements regrettables entre les deux races ». L'adoption de la loi 69 est justifiée d'abord, selon le quotidien, en raison des conséquences réciproques qui auraient pu en découler :

Des juristes avaient fait aussi observer que le gouvernement fédéral reconnaît l'officialité des deux langues pour la présentation des mesures législatives. Il pouvait y avoir un danger sérieux pour le maintien de ce principe, si Québec établissait la préséance du français, donnait à l'anglais une situation secondaire.⁷⁶

Bref, les avancées et reculs entourant les lois québécoises de 1937 et de 1938 sont révélateurs. La loi 38, l'ancêtre des premières politiques québécoises délaissant le bilinguisme institutionnel au profit de l'affirmation du français, est dénoncée à l'aide d'arguments visant à piéger le Québec. On dit : si Duplessis ne recule pas, les droits du français se retrouveront réciproquement menacés à Ottawa et on pourra s'attaquer dans un même temps aux minorités françaises dans le reste du Canada. Que répondre alors ? Duplessis répond avec la loi 69, par laquelle l'Assemblée législative du Québec reconnaît la validité de chacun de ces arguments. Comme si les droits linguistiques ne pouvaient être que des constructions symétriques de ce type.

L'expérience s'avère concluante pour les opposants à la loi 38. Mais elle illustre surtout que la symétrie peut efficacement servir à combattre la volonté d'un Québec souhaitant s'ériger en État national. Avec les transformations que vit la société québécoise durant les années 1950 et 1960, le gouvernement fédéral sent qu'il doit prendre les devants. Pierre Elliott Trudeau arrive sur la scène politique canadienne. Il voit à renforcer, en 1969, l'appareil symétrique.

ii) Un projet pour deux langues officielles formellement égales (1969)

L'année 1969 constitue le deuxième événement construisant l'intention législative sur les langues officielles au Canada. Il s'avérera fondamental pour la suite. Pierre Elliott Trudeau cherche moins à protéger deux langues officielles qu'à ériger un instrument appelé à préserver l'unité canadienne. L'intention est symétrique (a). Les tribunaux y donneront

⁷⁶ *Id.*, p. 2.

ensuite effet, ou poursuivront leur travail en donnant maintenant des justifications. Le Québec et les minorités françaises se divisent (b).

a) La rédaction de la Loi sur les langues officielles de 1969 : le cœur de la politique linguistique canadienne

À l'été 1968, la commission scolaire de la Ville de Saint-Léonard, sur l'île de Montréal, décrète que le français sera la seule langue d'enseignement dans toutes ses écoles à compter de la rentrée du mois de septembre. Bouleversant des habitudes, la résolution crée du mécontentement chez ceux qui confondent celles-ci avec un droit naturel. C'est que les membres de l'importante communauté italienne de Saint-Léonard profitaient jusque-là, comme d'ailleurs 90 % des immigrants allophones vivant sur l'île de Montréal à l'époque, de l'absence de législation encadrant la langue d'enseignement au Québec pour inscrire leurs enfants à l'école de langue anglaise⁷⁷. À la rentrée de 1968, le mécontentement finit par dégénérer en violents affrontements entre manifestants pour et contre « l'intégration scolaire ».

À la fin des années 1960, le Québec est bien une « poudrière linguistique », pour reprendre la formule de Pierre Godin, auteur et journaliste. Vrai : la question du statut du français est une préoccupation renouvelée depuis le début de la décennie ; trois commissions d'enquête, deux québécoises, une fédérale – Parent, Laurendeau-Dunton et Gendron –, reçoivent le mandat d'y enquêter durant ces années (quoique de manière incidente dans le cas de la commission Parent). Mais la crise de Saint-Léonard fait monter la tension d'un cran.

Le 12 septembre 1968, Claude Ryan, directeur du *Devoir*, comprend que l'histoire s'accélère : « Saint-Léonard est devenu un cas qui engage à la fois la politique du gouvernement Johnson [à Québec], la politique du gouvernement Trudeau [au fédéral], la politique des autres gouvernements provinciaux et l'avenir du Canada. »⁷⁸ Québec travaille maintenant sur une loi pour résoudre la crise. Pierre Elliott Trudeau, chef du Parti libéral du

⁷⁷ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Indicateurs linguistiques. Secteur de l'éducation. Édition 2013*, Québec, Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport, 2014, p. 14. Les « allophones » sont les personnes qui ont déclaré une langue maternelle autre que le français, l'anglais ou une langue autochtone : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Indicateurs linguistiques. Secteur de l'éducation. Édition 2013*, Québec, Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport, 2014, p. 2.

⁷⁸ Claude RYAN, « Le conflit non réglé de Saint-Léonard », *Le Devoir*, 12 septembre 1968, p. 4.

Canada, élu premier ministre en juin 1968, n'entend pas être à la traîne. Il agit le premier : le 7 septembre 1969, la *Loi sur les langues officielles* entre en vigueur⁷⁹.

La crise de Saint-Léonard pose toute la question du Québec français. Et à travers elle, c'est l'unité canadienne qui vacille. Lorsque la crise éclate, Trudeau a déjà un plan, et ce, depuis plusieurs années. Sa « loi sur le bilinguisme », comme il l'appelle, en est l'une des pièces maîtresses. Il l'écrit dans ses mémoires : « J'avais là-dessus mon idée toute faite ; il ne restait plus qu'à la mettre en œuvre. »⁸⁰

Pour la comprendre, il faut d'une part revenir sur ce que Trudeau a écrit à son sujet et, d'autre part, étudier les travaux des parlementaires qui lui ont donné une forme législative en 1968 et 1969. Trudeau prend alors une longueur d'avance. Il connaît très bien l'article 133 de la L.C. 1867. Il sait tout le potentiel de division qu'il contient pour la francophonie canadienne. L'homme politique souhaite renforcer ce potentiel, donner un nouvel élan à l'interprétation symétrique et, grâce à elle, piéger le Québec.

- Attaquer « l'idéologie dominante au Québec »

« Comme le Canada traversait une crise au moment où je suis devenu premier ministre, ma première priorité a été de rassurer les Canadiens francophones : le Canada était leur pays, pas seulement le Québec. »⁸¹ Son plan, Trudeau le décrit dans un ouvrage intitulé *Le fédéralisme et la société canadienne-française*, paru en 1967⁸². En deux mots : une politique de bilinguisme doit faire avancer les droits du français au Canada et, en échange, Québec doit renoncer à l'ambition de se constituer en État français.

En fait, le plan est un pari. Trudeau sait qu'une politique ambitieuse d'affirmation du français au Québec mènerait au mieux à la création d'un statut particulier pour la province. Il veut à tout prix neutraliser cette avenue au motif qu'elle fragiliserait encore davantage l'unité

⁷⁹ La réponse québécoise à la crise de Saint-Léonard arrive plus tard à l'automne : la *Loi pour promouvoir la langue française au Québec*, L.Q. 1969, c. 9 (ou loi 63), est sanctionnée le 28 novembre 1969 ; elle entre en vigueur en partie le jour de sa sanction, en partie plus tard.

⁸⁰ Pierre ELLIOTT TRUDEAU, *Mémoires politiques*, Montréal, Le Jour, 1993, p. 112.

⁸¹ Pierre ELLIOTT TRUDEAU, avec la collaboration de Ron GRAHAM, *Trudeau : l'essentiel de sa pensée politique*, Montréal, Le Jour, 1998, p. 115.

⁸² Trudeau y reprend essentiellement des versions remaniées d'articles qu'il a écrits pour la revue *Cité libre* durant les années 1950 et 1960 : Pierre ELLIOTT TRUDEAU, *Le fédéralisme et la société canadienne-française*, Montréal, HMH, 1967.

canadienne. En revanche, il croit que les Québécois se satisferaient d'un accroissement des droits du français au Canada, et que la crise trouverait là son dénouement. Avec une loi sur les langues officielles, Trudeau mise donc sur cette conviction : il veut imposer une politique d'accroissement des droits du français au Canada, et plaider qu'il faut en retour abandonner l'ambition de constituer le Québec en État national. En opposant l'un et l'autre des projets, dans un jeu d'échanges entre des parties négociantes, Trudeau fait le pari que les Québécois choisiront le premier.

Le plan tient à trois considérants. D'abord, Québec ne peut espérer l'accroissement des droits du français au Canada et en même temps réclamer ou se constituer un statut particulier. Car si le français occupe davantage d'espace à Québec, celui-ci en aura en échange moins dans le reste du Canada : « Comment faire du Québec l'État national des Canadiens français, avec pouvoirs *vraiment* particuliers, sans renoncer en même temps à demander la parité du français avec l'anglais à Ottawa, et dans le reste du pays ? »⁸³

Ensuite, Québec ne peut accroître l'espace du français chez lui et demander aussi qu'il en occupe davantage ailleurs au Canada. Si leur gouvernement provincial réclame ou se constitue un statut particulier, les Québécois « devront accepter notamment que le fait français se limite juridiquement et politiquement à la province de Québec »⁸⁴. C'est qu'on ne peut avoir le beurre et l'argent du beurre, de dire Trudeau.

Enfin, Québec ne peut espérer ailleurs pour le français ce qu'il n'est pas prêt à concéder chez lui à l'anglais. C'est l'égalité des langues au Québec, et rien d'autre, qui « permettra aussi d'exiger la parité du français avec l'anglais dans toutes les institutions fédérales, et éventuellement même de négocier cette parité avec les autres provinces »⁸⁵.

Une première idée peut donc être dégagée de ce plan : pour Trudeau, l'asymétrie est un non-sens. Il ira chercher l'égalité de statut, de droits et de privilèges pour le français et l'anglais dans toutes les institutions fédérales, plus largement encore que ce qu'exige déjà l'article 133 de la L.C. 1867, du moins sur papier. Mais en retour, Québec devra s'abstenir d'affirmer son

⁸³ *Id.*, p. xi.

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ *Id.*

caractère français. Même que la progression des droits du français dans le reste du Canada est appelée à créer une pression en faveur de l'anglais à Québec, naturellement.

De cette première idée en émerge une seconde : une politique conçue selon un plan symétrique constituera une arme contre la persistante ambition du Québec de se constituer en État français. En d'autres mots, on tend un piège au Québec.

Trudeau n'invente rien. Proposer une politique de bilinguisme pour faire avancer les droits du français au Canada, et exiger en contrepartie du Québec qu'il renonce à l'ambition de se constituer en État national, n'est-ce pas justement l'article 133, mais repensé ?

Trudeau avouera admirer le travail accompli par les Pères de la Confédération. Ceux-ci auraient évalué « les différences de langue et de culture entre les deux principaux groupes fondateurs », et, grâce à une constitution « admirablement conçue » ou « un compromis aussi sage que possible », « les uns comme les autres étaient invités à considérer l'ensemble du territoire canadien comme leur patrie et leur champ d'activité »⁸⁶. Mais, après 1867, parce que le Canada anglais a voulu « cantonner le plus possible le français dans le ghetto québécois », les Canadiens français « en vinrent à se croire chez eux uniquement dans la province de Québec »⁸⁷. Trudeau s'en désole. Ainsi, avec de nouvelles garanties réciproques, il souhaite (il le confirmera) en quelque sorte réanimer ce qu'il croit être le projet de 1867 et rétablir que les francophones peuvent « être “chez eux” hors du territoire québécois »⁸⁸.

Donc, comme en 1867, la politique de Trudeau tient à des « règles de réciprocité »⁸⁹. Jusqu'où doit aller l'accroissement des droits du français au Canada ? La réponse est prévisible : la mesure du respect du français au Canada est à la mesure du respect que l'anglais reçoit au Québec. Ainsi, il faut accorder « à la minorité francophone, tant dans les autres provinces qu'au niveau fédéral, des droits et des privilèges équivalents à ceux dont jouit la minorité anglophone dans le Québec »⁹⁰. Et lorsqu'il s'agira de déterminer concrètement les droits des minorités francophones, grâce aux notions de « nombre

⁸⁶ Pierre ELLIOTT TRUDEAU, avec la collaboration de Ron GRAHAM, *Trudeau : l'essentiel de sa pensée politique*, Montréal, Le Jour, 1998, p. 135-137.

⁸⁷ *Id.*, p. 137 et 138.

⁸⁸ *Id.*, p. 145.

⁸⁹ Pierre ELLIOTT TRUDEAU, *Le fédéralisme et la société canadienne-française*, Montréal, HMH, 1967, p. 57.

⁹⁰ *Id.*, p. 38.

suffisant » et de « droits égaux », « juges et administrateurs auront pour s'éclairer cent ans d'application de ces notions dans des régions éloignées du Québec où vivaient un "nombre suffisant" d'anglophones »⁹¹. Trudeau ne s'en cache pas : une réforme constitutionnelle sera éventuellement nécessaire pour y arriver complètement. On y reviendra.

Bref, grâce à cette politique, l'anglais est protégé au Québec dans la mesure où le français l'est dans le reste du Canada, et vice versa, au moins dans toutes les institutions fédérales. La territorialisation du français au Québec et de l'anglais dans le reste du Canada est ainsi freinée, phénomène à combattre de crainte que « [l] » une des deux parties fini[sse] par dire qu'elle n'a pas besoin de l'autre, qu'il est moins coûteux de ne pas tout traduire dans l'autre langue, que nous ferions tout aussi bien de nous séparer »⁹².

La prétention d'incarner la francophonie canadienne est en outre retirée des mains du Québec, car le français se trouve désormais protégé hors Québec grâce à un instrument fédéral. Et en faisant revivre les droits du français dans le reste du Canada, « les Canadiens français ne se sentir[ont] plus confinés à leur ghetto québécois »⁹³. C'est la première priorité de Trudeau devenu premier ministre : « [s]i le Canada [est] leur pays, les Canadiens français d[oi]vent pouvoir traiter dans leur langue avec le gouvernement fédéral où qu'ils aillent au Canada »⁹⁴.

Enfin, il s'agit d'une attaque à l'endroit de « l'idéologie dominante au Québec » qui, incarnée par une politique d'affirmation du français sur le territoire québécois, finit par « abandonn[er] la cause des minorités francophones dans les autres provinces »⁹⁵. Car la politique de Trudeau crée ce piège : grâce à la logique symétrique, l'action de renforcer la place du français à Québec a pour conséquence de contrer la progression des droits du français au Canada⁹⁶.

⁹¹ *Id.*, p. 56.

⁹² Pierre ELLIOTT TRUDEAU, avec la collaboration de Ron GRAHAM, *Trudeau : l'essentiel de sa pensée politique*, Montréal, Le Jour, 1998, p. 145.

⁹³ *Id.*, p. 89.

⁹⁴ *Id.*, p. 115.

⁹⁵ *Id.*, p. 146.

⁹⁶ Notons que Trudeau s'est quand même déjà explicitement vanté d'avoir piégé le gouvernement du Québec, durant les négociations menant au rapatriement de la Constitution canadienne en 1982. Dans ses *Mémoires politiques*, Trudeau décrit la manœuvre avec laquelle il parvient à briser l'unité des gouvernements provinciaux qui s'opposaient à son projet et à isoler le Québec. Il écrit : « la réaction des autres premiers ministres et celle de ses propres fonctionnaires firent comprendre à Lévesque qu'il était tombé dans un

Plus tard, lorsque la division apparaîtra dans la francophonie canadienne dans des litiges portant sur les droits linguistiques, Trudeau trouvera plaisir à blâmer cette « idéologie dominante » qui « prend fait et cause » pour les gouvernements des provinces anglaises qui souhaitent « supprim[er] les droits francophones acquis avant même l'entrée de ces provinces dans la Confédération »⁹⁷. De plus, il apparaîtra incongru de voir cet État québécois qui prétend incarner la francophonie canadienne s'opposer aux revendications des francophones hors Québec. C'est là un retour sur la deuxième idée qui se dégage du plan élaboré par Trudeau : la division dans la francophonie est souhaitée afin de créer une nouvelle arme pour attaquer l'idéologie qui veut constituer le Québec en État français⁹⁸.

La crise de Saint-Léonard éclate à la rentrée scolaire de septembre 1968. Le 12 septembre, on l'a dit, Claude Ryan du *Devoir* comprend qu'elle a une dimension canadienne, pas seulement québécoise. Trudeau, qui n'en pense pas moins, entend donc agir le premier. Le même 12 septembre, à l'ouverture de la nouvelle législature à Ottawa, le discours du Trône expose le programme législatif du gouvernement : « une toute nouvelle Loi sur les langues officielles » sera déposée⁹⁹. Elle reprendra admirablement le plan élaboré par Trudeau : avec des garanties symétriques, les germes de la division dans la francophonie canadienne sont renforcés.

- La « pierre angulaire de la future constitution »

piège ». Nous y revenons plus tard lorsqu'est traité le troisième événement construisant l'intention législative sur les langues officielles au Canada.

⁹⁷ Pierre ELLIOTT TRUDEAU, avec la collaboration de Ron GRAHAM, *Trudeau : l'essentiel de sa pensée politique*, Montréal, Le Jour, 1998, p. 94. Dans *l'essentiel de sa pensée politique*, un ouvrage qu'il écrit avec la collaboration de l'auteur et journaliste Ron Graham, Trudeau ne mâche pas ses mots pour condamner l'immobilisme du gouvernement québécois de Robert Bourassa lorsque l'Alberta et la Saskatchewan suppriment les droits du français devant leurs assemblées législatives en 1988.

⁹⁸ La politique des langues officielles veut piéger le Québec qui cherche à se constituer en État français, et non seulement le mouvement souverainiste. Dans sa célèbre sortie contre l'accord du lac Meech dans le quotidien *La Presse* du 27 mai 1987 (voir la sous-partie B[jii] de la présente partie de la thèse), Trudeau défend le projet qu'il a porté pour le Canada et dénonce toute concession faite aux « nationalistes », même « modérés », qu'il a toujours combattus. Il en nomme plusieurs : le politologue Léon Dion, le journaliste et rédacteur en chef au *Devoir* Paul-André Comeau, le premier ministre Robert Bourassa et l'ancien premier ministre René Lévesque : Pierre ELLIOTT TRUDEAU, « Comme gâchis total, il serait difficile d'imaginer mieux », *La Presse*, 27 mai 1987, A7. En s'en prenant ainsi à Bourassa et Lévesque, Trudeau se retrouve à condamner la position des partis politiques qui ont récolté quelque 95 % des suffrages lors des élections québécoises de 1981 et 1985, le Parti libéral du Québec et le Parti québécois. Sa politique veut créer une arme pour attaquer « l'idéologie dominante au Québec » ; c'est plus concrètement un piège qu'il tend au Québec.

⁹⁹ COMPTE RENDU OFFICIEL DES DÉBATS DE LA CHAMBRE DE COMMUNES, 1^{re} sess., 28^e légis., vol. 1, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968, p. 7.

Étant donné l'importance des enjeux, il va de soi que le projet de loi sur les langues officielles est attendu par tous les observateurs. Le 19 septembre 1968, à la Chambre des communes, on pose des questions à Trudeau à son sujet. Il répète d'abord laconiquement qu'il souhaite des « garanties constitutionnelles qui dépasseraient celles que prévoit actuellement l'article 133 de la constitution »¹⁰⁰. Mais en attendant, il confirme vouloir agir grâce à une simple loi du Parlement fédéral.

Puis Trudeau profite de l'occasion pour commenter la direction que prend la crise de Saint-Léonard. L'idée d'une politique ambitieuse d'affirmation du français au Québec se profile-t-elle ? Chose certaine, le congrès de fondation du Parti québécois approche. Il est prévu pour le mois prochain, le 11 octobre. Trudeau sait peut-être que le projet de fonder un État français pourrait prendre de nouvelles proportions. Il s'en tient toutefois à son plan, qu'il croit moralement supérieur : « On envisage de supprimer des privilèges dont a profité la minorité anglophone dans le Québec, et nous, nous espérons qu'au lieu de supprimer ces privilèges, on accorderait les mêmes privilèges aux minorités francophones des autres provinces. »¹⁰¹ Les dés sont jetés.

Le 17 octobre 1968, le projet de loi C-120 sur les langues officielles est présenté à la Chambre des communes. Trudeau déclare d'entrée de jeu l'ambition qu'il a pour le Canada :

Monsieur le président, plusieurs des projets de loi soumis à la Chambre se restreignent à un problème particulier, à une seule profession ou à une région donnée. La mesure relative aux langues officielles dont nous sommes saisis procède, au contraire, de la nature même de notre pays dans son ensemble et témoigne de l'option délibérée que nous faisons pour l'avenir.¹⁰²

Pour le reste, Trudeau ne fait que reprendre les idées retrouvées dans son ouvrage *Le fédéralisme et la société canadienne-française*. Si le fait français a souvent été refoulé depuis 1867 à la seule province de Québec, il est temps, de répéter Trudeau, de refaire une place pour le français partout au Canada, et d'inciter les francophones à se projeter à l'extérieur du Québec. Il ne faut donc pas réclamer plus de français à Québec, croit-il. Il faut plutôt en réclamer davantage dans le reste du Canada. Il insiste : « [l]e Canada français peut survivre

¹⁰⁰ *Id.*, p. 195. La présente sous-partie A) ii) a) reprend les discours prononcés au Parlement fédéral dans leur version française, qu'il s'agisse de leur version originale ou d'une traduction.

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² COMPTE RENDU OFFICIEL DES DÉBATS DE LA CHAMBRE DE COMMUNES, 1^{re} sess., 28^e légis., vol. 2, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968, p. 1481.

non en se repliant sur lui-même mais en réclamant au dehors sa part entière de chaque aspect de la vie canadienne. »¹⁰³

En ce sens, son projet de langues officielles constitue « un pas dans la bonne voie », qui, souhaite-t-il, sera complété par une réforme constitutionnelle. À terme, « les Canadiens francophones n’habitant pas le Québec doivent jouir des mêmes droits que les anglophones du Québec »¹⁰⁴.

Le 17 octobre 1968 ne fait place à aucun débat. Non seulement l’opposition appuie le principe du projet de loi, mais ses différents représentants adoptent à sa défense le même discours que Trudeau. Pour Robert Stanfield, du Parti progressiste-conservateur, chef de l’opposition officielle, il s’agit d’un bon premier pas pour résoudre la crise de l’unité canadienne, qui exigera toutefois une réforme constitutionnelle. David Lewis, chef du groupe parlementaire du Nouveau Parti démocratique, reprend cette idée de bon premier pas, puis va plus loin : ultimement, ce qu’il faut, c’est « que les Canadiens français se sentent chez eux partout au Canada », d’une part, et, d’autre part, que « les autorités responsables du Québec ne permett[ent] pas d’éroder les privilèges et les droits dont jouissent les citoyens d’expression anglaise dans cette province »¹⁰⁵. La motion de première lecture est donc adoptée.

Les travaux concernant le projet de loi C-120 ne reprennent qu’au printemps suivant. La deuxième lecture a lieu sur quelques jours, du 16 au 27 mai 1969. Cette fois, Trudeau envoie ses ministres au front. Mais ceux-ci n’innovent pas : ils reprennent les arguments énoncés l’année précédente lors de la première lecture et défendent quelques idées manifestement empruntées de l’ouvrage *Le fédéralisme et la société canadienne-française*. Les débats sont toutefois dignes de mention : la parole est donnée à quelques opposants, qui apparaissent complètement isolés¹⁰⁶, et à des députés d’arrière-ban favorables au projet, qui font ressortir l’esprit qui l’anime.

¹⁰³ *Id.*, p. 1482.

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *Id.*, p. 1487.

¹⁰⁶ Ils fondent leur opposition principalement sur un argument légal : le projet serait contraire à la Constitution puisqu’il modifie unilatéralement l’article 133 de la L.C. 1867 en ajoutant des protections pour les langues qui n’y sont pas prévues. Mais on comprend surtout qu’ils n’admettent pas que des préoccupations d’abord québécoises servent à imposer le français au reste du Canada.

Le 16 mai, c'est le ministre Gérard Pelletier qui parle le premier. Il déclare que le projet de loi C-120 « touche aux fondements mêmes de l'unité canadienne »¹⁰⁷. Dans cette optique, le projet cherche à combattre la territorialisation du français au Québec et de l'anglais dans le reste du Canada. Selon Pelletier, sa construction repose sur des règles de réciprocité qui font penser à celles envisagées plus tôt par Trudeau : le projet veut « donner aux minorités francophones, à travers tout le pays, des services en français qui leur manquaient souvent jusqu'à présent, et aux minorités anglophones isolées, les mêmes services, en anglais »¹⁰⁸.

Pelletier établit donc une symétrie entre les francophones hors Québec et les Anglo-Québécois. Les uns et les autres « doivent jouir des mêmes droits », il faut leur offrir « une garantie identique »¹⁰⁹. Enfin, le projet est raccroché à l'article 133 de la L.C. 1867 et constitue un premier pas avant la réalisation d'une réforme constitutionnelle.

La parole est ensuite donnée à l'opposition. Mais rien n'est substantiellement rajouté aux idées présentées par Pelletier, sauf quelques détails. L'unité canadienne est en jeu, et ses partisans se serrent les coudes. Après Stanfield et Lewis, Réal Couette, chef du Ralliement créditiste, un parti qui a remporté 14 sièges à l'élection fédérale de l'été 1968, annonce qu'il appuie également le principe du projet de loi. Il profite de son temps de parole pour dénoncer les visées de René Lévesque et de son Parti québécois nouvellement fondé à Québec.

Dans les circonstances, c'est plutôt l'intervention subséquente de Warren Allmand, un député libéral d'arrière-ban, qui nourrit la réflexion en ce 16 mai¹¹⁰. Il présente C-120, le « projet favori du premier ministre » Trudeau, comme mettant sur un même pied les francophones hors Québec, qui « attendent depuis cent ans qu'on leur rende justice », et les Anglo-Québécois, qui subissent des injustices semblables depuis la crise de Saint-Léonard¹¹¹.

¹⁰⁷ COMPTE RENDU OFFICIEL DES DÉBATS DE LA CHAMBRE DE COMMUNES, 1^{re} sess., 28^e légis., vol. 8, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969, p. 8785.

¹⁰⁸ *Id.*, p. 8787.

¹⁰⁹ *Id.*, p. 8788 et 8789.

¹¹⁰ Trudeau lui offrira un poste de ministre en 1972.

¹¹¹ COMPTE RENDU OFFICIEL DES DÉBATS DE LA CHAMBRE DE COMMUNES, 1^{re} sess., 28^e légis., vol. 8, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969, p. 8807 et 8808. Il est notable qu'Allmand (comme Trudeau avant lui : voir plus haut l'intervention du 19 septembre 1968) cite la crise de Saint-Léonard pour illustrer l'injustice subie par la communauté anglo-québécoise alors qu'elle met plutôt en scène des immigrants italiens qui souhaitent éviter l'école de langue française pour leurs enfants.

On comprend qu'avec la loi sur les langues officielles, les remèdes offerts aux premiers et aux seconds reposent sur un échange de garanties réciproques. C'est l'esprit qui l'anime. Allmand affirme :

Ainsi, dans une région de l'Ontario par exemple, comptant un assez bon nombre de personnes d'expression française, il y aurait au bureau de poste, au bureau du Canadien National ou d'Air Canada suffisamment de vendeurs ou de préposés aux renseignements pour répondre en français ou en anglais aux gens en quête de billets ou de renseignements.

Il poursuit :

Il en irait de même dans le cas des anglophones à Chicoutimi, par exemple, dans les régions du Bas-Saint-Laurent ou dans d'autres endroits du Québec. Dans ces régions, les anglophones qui y sont en minorité devraient avoir le droit, s'ils sont suffisamment nombreux, de recevoir des renseignements dans leur langue dans ces bureaux du gouvernement fédéral.¹¹²

Le projet « est extrêmement important », certes, mais insuffisant. Pour Allmand, une réponse complète aux « séparatistes » et aux « nationalistes » du Québec, de même qu'à René Lévesque et au Parti québécois exigera une réforme constitutionnelle¹¹³.

Les débats reprennent le 20 mai. Cette fois, c'est le ministre de la Justice John Turner qui occupe la première place. Le projet est nécessaire d'abord pour lutter contre la territorialisation du français au Québec et de l'anglais dans le reste du pays :

[I] nous faut envisager le problème fondamental que voici : la langue française continuera-t-elle d'exister au Canada ou à l'extérieur, parlera-t-on français seulement au Québec, ou dans un Québec séparé ? Cette question touche au cœur même du débat constitutionnel en cours et est à la base du bill sur les langues officielles.¹¹⁴

Pour Turner, comme pour Trudeau, il s'agit de dire aux Canadiens français « qu'ils sont chez eux non seulement au Québec ou dans les régions adjacentes à cette province, mais partout au pays. C'est essentiel à l'unité nationale au Canada. »¹¹⁵ Autour de lui, des collègues s'exclament : « Bravo ! » Galvanisés, tous les députés qui interviennent ensuite renchérissent au sujet de l'unité canadienne.

¹¹² *Id.*, p. 8809.

¹¹³ *Id.*, p. 8806 et 8810.

¹¹⁴ *Id.*, p. 8844.

¹¹⁵ *Id.*, p. 8845.

Les débats se poursuivent durant quatre autres journées, les 21, 23, 26 et 27 mai 1969. Les députés du parti gouvernemental et de l'opposition reprennent à leur compte les idées de Trudeau : C-120, c'est un premier pas avant une réforme constitutionnelle¹¹⁶, c'est une suite aux protections retrouvées à l'article 133 de la L.C. 1867, c'est pour prémunir le Canada contre un statut particulier pour la province de Québec, c'est une construction symétrique mettant sur un même pied les francophones hors Québec et les Anglo-Québécois¹¹⁷, c'est pour combattre la territorialisation du français au Québec et l'anglais dans le reste du Canada, c'est aussi pour démontrer que les Canadiens français sont partout chez eux et non pas seulement au Québec. L'ouvrage *Le fédéralisme et la société canadienne-française* est même cité.

L'idée que le projet puisse porter en lui un piège tendu au Québec plane au-dessus des débats. Un député libéral franco-ontarien (Jean-Robert Roy), qui se réclame explicitement de cette appartenance communautaire, intervient le 21 mai pour souligner qu'une politique d'affirmation du français au Québec condamnerait la progression des droits du français dans le reste du Canada. Il pense un coup plus loin : « comment pourrions-nous justifier l'enseignement du français dans les écoles de l'Ontario si l'on refusait l'enseignement de l'anglais au Québec ? Voyons donc, cela n'a pas de sens. »¹¹⁸ Ainsi, pas de protections pour le français hors Québec si celles-ci ne sont pas rattachées réciproquement à des protections pour l'anglais au Québec. Le piège y est donc ; Roy l'exprime.

Le 27 mai, le principe du projet de loi est adopté. La loi C-120 est alors envoyée pour étude devant un comité spécialement créé pour cette fin¹¹⁹. Le 4 juillet 1969, le projet de loi est lu

¹¹⁶ Ce serait même « la pierre angulaire de la future constitution ».

¹¹⁷ Abordant la crise de Saint-Léonard et l'incertitude entourant l'accès à l'école anglaise au Québec, un député ontarien favorable au projet de loi fait sien un des considérants du plan de Trudeau selon lequel Québec ne peut espérer ailleurs pour le français ce qu'il n'est pas prêt à concéder chez lui à l'anglais. Il s'exprime ainsi le 21 mai : « Un grand nombre de Canadiens anglophones croient fermement que les droits du français dans leur région du pays ne devraient pas être garantis par la loi à moins que la population de la région, où le français est la langue prédominante, la province de Québec, ne soit également disposée à garantir par la loi les droits de ses citoyens anglophones. » (COMPTE RENDU OFFICIEL DES DÉBATS DE LA CHAMBRE DE COMMUNES, 1^{re} sess., 28^e légis., vol. 8, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969, p. 8906.)

¹¹⁸ *Id.*, p. 8913.

¹¹⁹ Mais tout a été dit devant la Chambre. L'étude du projet de loi par le comité n'apporte rien de nouveau. Les discussions tournent souvent autour de détails : une traduction de tel document à tel endroit, la disponibilité de tel service dans telle circonstance, les modalités de création et de modification des districts bilingues, le rôle et les pouvoirs du commissaire aux langues officielles, etc. Seulement, le 5 juin 1969, on assiste à un débat sur la piètre qualité de la version française du projet de loi. Le ministre de la Justice John Turner confirme qu'il a d'abord été rédigé en anglais, puis traduit en français. La rédaction de la version

pour la troisième fois, avant d'être enfin adopté par la Chambre des communes¹²⁰. Il reçoit la sanction royale le 9 juillet. La *Loi sur les langues officielles* entre en vigueur le 7 septembre 1969.

Le principe se trouve à son article 2 :

2. L'anglais et le français sont les langues officielles du Canada pour tout ce qui relève du Parlement et du Gouvernement du Canada ; elles ont un statut, des droits et des privilèges égaux quant à leur emploi dans toutes les institutions du Parlement et du Gouvernement du Canada.

La loi a *grosso modo* quatre implications pratiques, sous réserve de dérogations possibles liées à des considérations d'« intérêt public » et de « demande importante », notamment : 1) les documents portés à la connaissance du public par les institutions fédérales doivent être bilingues ; 2) les services gouvernementaux doivent être offerts en anglais et en français dans la région de la capitale fédérale, au siège de chaque institution et dans leurs bureaux ouverts dans un district bilingue ; 3) des districts bilingues fédéraux peuvent être créés et leurs limites modifiées selon les modalités prévues par la loi ; et 4) un commissaire des langues officielles est nommé afin de voir, grâce à des pouvoirs d'enquête et de production de rapports et de recommandations, au respect de l'esprit de la loi.

Mais au-delà de ces implications pratiques, la loi est une vision du Canada. En 1969, personne ne sous-estime son importance. Elle ne fait pas que compléter la L.C. 1867 en étendant la mesure de bilinguisme qui vise les institutions fédérales. Elle établit que les droits élaborés à partir d'Ottawa doivent être les mêmes pour le français et l'anglais, et ce, sans égard à la situation réelle dans laquelle se trouvent ces deux langues en contexte canadien et nord-américain. Elle constitue aussi, surtout, en principe, le premier matériau qui servira à la construction des droits linguistiques enchâssés dans la Constitution en 1982. Le projet que

française de l'article phare du projet, celui qui déclare que « l'anglais et le français sont les langues officielles du Canada », comme celle de plusieurs autres articles, est jugée « très boiteuse, pour ne pas dire pas du tout française » (CHAMBRE DES COMMUNES, COMITÉ SPÉCIAL CONCERNANT LE BILL RELATIF AUX LANGUES OFFICIELLES, *Procès-verbaux et témoignages, Bill C-120, Loi concernant le statut des langues officielles du Canada*, 1^{re} sess., 28^e légis., fasc. 2, 5 juin 1969, p. 187). Une nouvelle version réécrite de cet article phare réapparait le 10 juin, et un fonctionnaire du ministère de la Justice se présente devant le comité pour offrir des explications.

¹²⁰ Le Sénat ne débat que très sommairement du projet les 8 et 9 juillet 1969 avant de l'adopter à son tour sans modification. Il a en outre été étudié par un comité sénatorial spécial le 8 juillet en soirée. Mais tout a déjà été dit devant la Chambre des communes. Les débats au Sénat et devant le comité sénatorial ne sont que des redites.

porte la *Loi sur les langues officielles* saura inspirer des juges appelés à interpréter des droits linguistiques même dans des litiges ne touchant directement à aucune des dispositions de cette loi¹²¹.

Le 19 octobre 1969, Trudeau prononce un discours devant 4 000 militants libéraux réunis à l'hôtel Reine-Élisabeth à Montréal. Le Québec est l'objet de toutes ses préoccupations ; du « réveil » québécois de 1960 jusqu'aux promesses de la Révolution tranquille brisées par la « violence », le « trouble » et le « désordre ».

Trudeau n'aime pas la direction que prend le Québec depuis quelques années, surtout sur la question de la langue. Il mentionne la crise de Saint-Léonard, où « on levait des barricades dans la rue et qu'on avait recours à la violence pour imposer ses idées à une minorité qui avait des droits ». Il ridiculise le mouvement qui s'empare de Québec : on est en désaccord avec Ottawa, simplifie-t-il, alors constituons-nous en État national, « replions-nous sur la province de Québec, lavons-nous les mains du million de Canadiens de langue française dans les autres provinces ». Évidemment, à ses yeux, renforcer le statut du français à Québec ne peut que provoquer l'abandon de toute prétention à des droits pour le français dans le reste du Canada.

Trudeau entend changer le cours de l'histoire. Il prend les moyens pour y arriver :

Et je vous le répète, aucune crise ne nous trouvera absents d'aucune partie du Canada, surtout pas du Québec. Et je vous le dis, quant à nous et quant à vous, j'espère, ç'a assez duré, les folies depuis quelques années. On veut maintenant travailler ensemble pour faire un pays libre, un pays prospère, et un pays uni. Finies les folies !¹²²

En 1969, Trudeau place ses pions : les droits linguistiques sont et seront de construction symétrique. Un piège pour le Québec. Car le projet n'est pas de protéger les langues. Il l'est, mais qu'accessoirement. En premier lieu, le projet veut garder le Canada uni. Et pour ce faire, les ambitions du Québec doivent être contenues. Plus question plus lui de penser à se « replier sur lui-même » afin de se constituer en État français. Pour l'en empêcher, il faut protéger

¹²¹ Voir par exemple les paragraphes 89 et 104 à 112 des motifs de la juge Andromache Karakatsanis, exprimés pour la minorité, dans l'arrêt *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2013 CSC 42.

¹²² Pierre ELLIOTT TRUDEAU, « Autres discours officiels », Société du patrimoine politique du Québec, 2001-2018, en ligne : <<http://www.archivespolitiquesduquebec.com/discours/p-m-du-canada/pierre-elliott-trudeau/autres-discours-officiels/>> (consulté le 1^{er} novembre 2018).

l'anglais au Québec. Mieux, il faut donner aux minorités françaises la possibilité d'accroître leurs droits dans la mesure où les droits de la langue anglaise sont et seront protégés au Québec. Au cours des années 1970, la politique linguistique canadienne est enrichie de différents programmes fédéraux. On finance notamment le développement du leadership communautaire des minorités anglophone et francophone, ce qui stimule la création d'Alliance Québec, au Québec, et de la Fédération des francophones hors Québec, dans le reste du Canada. Ainsi, la politique des langues officielles « désolidaris[e] les francophones hors Québec de la majorité québécoise » ; ceux-ci « tombent dans la souricière que leur a tendue le régime Trudeau »¹²³.

La « loi sur le bilinguisme » marque le deuxième événement construisant l'intention législative sur les langues officielles. Reste à voir maintenant comment elle renforcera le dispositif de l'interprétation symétrique.

b) Une stratégie judiciaire et une opposition entre le Québec et les francophones minoritaires

Après la quasi-unanimité l'entourant à la Chambre des communes à Ottawa, la *Loi sur les langues officielles* prend le chemin des tribunaux. Le premier de ses adversaires est un ancien juge fédéral, Joseph T. Thorson. Avec le maire de la Ville de Moncton (Leonard Jones), qui, lui, s'oppose à la progression du bilinguisme institutionnel au Nouveau-Brunswick¹²⁴, Thorson conteste la constitutionnalité de la *Loi sur les langues officielles* jusqu'en Cour suprême du Canada. L'affaire *Jones* se règle le 2 avril 1974 avec un jugement qui en confirme la validité.

Mais le cas de la *Loi sur les langues officielles* est à peine réglé que le Québec décide à son tour de se doter d'une politique linguistique. À l'été 1974, l'Assemblée nationale adopte la *Loi sur la langue officielle* (communément appelée loi 22, sur la base du projet de loi du même nom), au singulier, par laquelle le français devient la seule langue officielle du Québec¹²⁵. Lorsque sa constitutionnalité est confirmée le 6 avril 1976, avec l'affaire *Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal*, une nouvelle crise frappe aussitôt tout le Canada. En juin 1976, les pilotes et les contrôleurs aériens canadiens commencent une grève

¹²³ Hubert GUINDON, « De l'usage "canadian" des minorités », (1995) 19 : 1-2 *Possibles* 172, 179 et 184.

¹²⁴ Le combat mené par Jones est immortalisé par Michel Brault et Pierre Perrault dans le documentaire *L'Acadie, l'Acadie ???* produit par l'ONF.

¹²⁵ L.Q. 1974, c. 6.

pour dénoncer l'intention du gouvernement Trudeau de permettre l'utilisation du français dans les aéroports du Québec. Trudeau recule, et la bataille des gens de l'air, comme on l'appelle, ramène la politique linguistique canadienne au cœur de l'actualité judiciaire. L'arrêt *Association des Gens de l'Air du Québec Inc.* est rendu en 1978.

Ces affaires, qui prennent racine tour à tour au Québec et dans le reste du Canada, exigent des tribunaux qu'ils tranchent les mêmes questions. De quels pouvoirs disposent les parlements en matière linguistique ? Quelle est la portée d'une déclaration relative aux langues officielles ? Pour répondre au feu roulant des crises linguistiques au Canada, les tribunaux trouvent un alibi qui leur permet de trancher des affaires politiquement explosives tout en renvoyant leur charge controversée dans la cour d'autres institutions. C'est là qu'ils rattachent l'interprétation des droits linguistiques à l'intention législative sur les langues officielles (puisée dans l'histoire), qui est symétrique.

La stratégie adoptée par les tribunaux n'est toutefois pas sans conséquence pour la francophonie canadienne. En donnant effet à l'intention symétrique, le Québec et les francophones minoritaires finissent par se présenter divisés devant la Cour suprême du Canada. Il s'agit des arrêts *Blaikie* de 1979 et de 1981, et de l'affaire *Forest* de 1979. C'est aussi à cette occasion qu'est créée l'égalité entre le Québec et le Manitoba. La Cour suprême ne fait rien pour atténuer l'opposition dans la francophonie. Le dispositif est même renforcé avec le *Renvoi manitobain* de 1985, qui est la suite directe et immédiate de l'affaire *Forest*.

- L'histoire constitutionnelle comme premier motif

Dans l'affaire *Jones*, la Cour suprême accepte de se prononcer sur la constitutionnalité de la *Loi sur les langues officielles*¹²⁶. La contestation est fondée sur l'argument entendu en 1969 lors des débats portant sur le projet de loi C-120 à la Chambre des communes. Des députés y citaient d'ailleurs directement l'ancien juge fédéral Thorson, qui agit maintenant comme procureur pour le maire Jones. En résumé, l'article 133 de la L.C. 1867 épuiserait la compétence constitutionnelle sur les langues au Canada. Toute intention d'aller au-delà de ce qu'il prévoit exigerait donc une modification constitutionnelle. La *Loi sur les langues*

¹²⁶ Et sur la constitutionnalité de la loi linguistique du Nouveau-Brunswick, L.N.B. 1969, c. 14. Les motifs de la Cour lui sont applicables *mutatis mutandis*.

officielles n'étant qu'une loi ordinaire du Parlement fédéral, et non une loi constitutionnelle, elle serait en conséquence inconstitutionnelle.

Pour rejeter l'argument (ou la « prétention »), le juge Laskin, qui écrit pour la Cour, déclare : « Je ne puis accepter cette prétention, qui, à mon avis, ne peut être fondée ni sur le libellé ni sur l'histoire connue de l'art. 133 »¹²⁷. Ainsi, Jones est débouté d'abord parce que les mots utilisés à l'article 133 (son « libellé ») ne colleraient pas à sa prétention, mais aussi, surtout, parce que « l'histoire » l'entourant ne l'appuierait pas.

Laskin sait qu'il ne peut fonder ses motifs uniquement sur le libellé de 133. Cela ne suffirait pas étant donné l'importance des enjeux et le contexte politique dans lequel est plongé le Canada. S'en tenir uniquement au libellé, a-t-il pu se dire, cela manquerait de profondeur, ce ne serait pas suffisamment parlant. Puisqu'il veut convaincre, il doit trouver une autre justification pour rejeter l'argument invoqué ; quelque chose qui lui permettrait de valider la *Loi sur les langues officielles* sans avoir l'air de se fonder uniquement sur son opinion personnelle.

Pour un juge, la décision, il est « bien préférable de la faire apparaître comme le produit d'une nécessité objective ou de l'application de règles préalables »¹²⁸. Ainsi, outre le libellé, Laskin trouve une autre justification dans « l'histoire », en remontant à l'utilisation du français au Parlement canadien sous l'*Acte d'Union* après 1848, puis à la rédaction de la 46^e résolution de Québec de 1864 et à l'évolution de ses différentes versions jusqu'à ce qu'elle devienne l'article 133 en 1867. Il utilise, autrement dit, les travaux préparatoires.

Laskin n'y trouve aucune indication de l'intention de bloquer la progression des droits linguistiques pour l'avenir. « L'histoire n'appuie pas la prétention de l'appelant », répète-t-il¹²⁹. Il conclut : « La diminution par le Parlement de la protection donnée par l'art. 133 est une chose ; cela requiert un amendement constitutionnel. C'est toute autre chose que d'étendre cette protection au-delà de ses limites actuelles. »¹³⁰

¹²⁷ *Jones c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1975] 2 R.C.S. 182, 192.

¹²⁸ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Michel TROPER, « Introduction », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 1, à la page 3.

¹²⁹ *Jones c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1975] 2 R.C.S. 182, 194.

¹³⁰ *Id.*, 195.

L'histoire législative, c'est donc l'alibi que trouve Laskin pour conclure ce qu'il conclut. C'est une stratégie visant à dissimuler le pouvoir dont il dispose réellement. Car rien ne l'obligeait à trancher en ce sens. Rien ne l'obligeait non plus à recourir à l'histoire. Laskin est plutôt conscient du contexte politique dans lequel est plongé le Canada, et il trouve le moyen de donner à ses motifs la « physionomie *illusoire* d'un pur raisonnement déductif »¹³¹. Laskin est un joueur qui cherche à jouer le bon coup. « Les principes généraux du droit, les règles et les méthodes d'interprétation dont se sert quotidiennement le juge pour interpréter le texte applicable et rendre son verdict, plongent leurs racines dans l'émotion et la psychologie judiciaire. »¹³²

Ajoutons que Laskin cite aussi l'article 2 de la *Loi sur les langues officielles*, qui déclare que « l'anglais et le français sont les langues officielles du Canada ». Il comprend que cet article déclare une intention, et que le reste de la loi décrit cette intention. Il analyse ensuite chacun des articles de la loi pour conclure qu'elle ne déborde jamais de l'espace que la Constitution accorde au pouvoir fédéral. Comme le fédéral et les provinces peuvent, chacun dans leurs champs de compétence, aller au-delà de ce prévoit 133, Laskin confirme la constitutionnalité de la *Loi sur les langues officielles*. Québec saisit alors l'occasion.

- Victoire du Québec, ouverture d'un nouveau front en vue

L'affaire *Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal*, qui porte sur la constitutionnalité de la loi 22, est fondée sur des motifs analogues à ceux de l'arrêt *Jones*. Bien qu'elle n'aille jamais plus loin que la Cour supérieure¹³³, son importance est indéniable.

Après l'arrêt *Jones*, qui confirme le pouvoir du Parlement fédéral d'adopter une politique linguistique, l'affaire *Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal* confirme le même pouvoir, mais pour le Québec. Elle est aussi rendue par le juge Jules Deschênes, nommé juge en chef de la Cour supérieure par Pierre Elliott Trudeau, qui entend pendant quelques années en première instance toutes les causes importantes en matière de droits

¹³¹ Alexandre VIALA, *L'essentiel de la philosophie du droit*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2017, p. 86.

¹³² *Id.*

¹³³ La décision est rendue le 6 avril 1976. On voudra en appeler, mais la Cour d'appel du Québec refusera d'entendre l'affaire étant donné l'évolution de la situation : entre-temps, Québec adopte la loi 101, qui remplace la loi 22.

linguistiques. Ses opinions sont reprises plus tard par la Cour suprême, dans d'autres affaires. Deschênes laisse sa marque.

Dans cette affaire, des commissions scolaires protestantes de Montréal, qui gèrent des écoles où l'enseignement est donné en anglais, cherchent à faire invalider la loi 22. C'est que Québec s'est finalement résolu à encadrer l'accès à l'école anglophone en la réservant aux enfants qui peuvent justifier une connaissance suffisante de cette langue, ce qui retire des mains des commissions scolaires la pleine marge de manœuvre sur l'admission des enfants dans leurs écoles. La loi 22 est attaquée sous prétexte qu'elle serait contraire à deux articles retrouvés dans la L.C. 1867 : l'article 93 qui prévoit des protections constitutionnelles pour les écoles confessionnelles, et l'article 133.

L'argument fondé sur l'article 133 est rejeté rapidement. La Cour applique au contexte québécois les conclusions retrouvées dans l'arrêt *Jones*. La loi 22 n'élève que la langue française au rang de langue officielle alors que l'article 133 offre des protections constitutionnelles pour deux langues ? « La réponse à l'objection est simple », de dire la Cour. Un article qui déclare une langue officielle, « pris en lui-même, n'a guère de signification concrète ». Il faut donc analyser les autres articles de la loi pour juger de sa constitutionnalité. Comme la loi 22 ne contredit pas l'article 133, et que « chacun des deux paliers de gouvernement est libre de légiférer en cette matière [...] pourvu que chacun respecte les limites de sa juridiction », la Cour valide sa constitutionnalité étant donné qu'elle s'en tient aux sujets que la Constitution accorde au pouvoir provincial, par exemple, l'éducation¹³⁴.

L'argument fondé sur l'article 93 de la L.C. 1867 est, lui, rejeté après un détour historique. Pour la Cour, la loi 22 est « un autre épisode » d'une lutte entre deux peuples, les deux races d'autrefois, qui se renouvelle depuis deux siècles. « La bataille s'est transportée des Plaines d'Abraham à l'Assemblée nationale et, de là, au Palais de justice : l'enjeu n'a pas changé. » La loi 22, c'est aussi une nouvelle manifestation des contrecoups que subissent les francophones hors Québec et les Anglo-Québécois du fait de leur position minoritaire

¹³⁴ *Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal c. Ministre de l'Éducation du Québec*, [1976] C.S. 430, 452 et 453.

respective, dans une symétrie parfaite. « Tour à tour majoritaires et minoritaires, ils [les deux peuples] connaissent la volupté de l'autorité et la crainte de l'intolérance. »¹³⁵

La Cour rappelle ensuite l'abolition des droits scolaires des Acadiens du Nouveau-Brunswick en 1871, des Franco-Manitobains en 1890 et des Franco-Ontariens en 1912 pour exposer l'inutilité des protections constitutionnelles prévues à l'article 93 lorsqu'un litige porte sur la langue. Historiquement, son interprétation a été limitée strictement aux droits confessionnels, à l'exclusion des droits linguistiques. Toute l'architecture symétrique de la Constitution est alors dévoilée¹³⁶ : la Constitution n'a pu sauver les minorités françaises lorsque leurs droits scolaires étaient attaqués, « [c]omment et pourquoi, dès lors, devrait-on soudain trouver au même texte constitutionnel une nouvelle vertu » pour protéger cette fois la communauté anglo-québécoise (qui veut ravoire la marge de manœuvre que détenait, avant la loi 22, les commissions scolaires protestantes dans l'admission des enfants à l'école de langue anglaise)¹³⁷?

Avant le rapatriement constitutionnel de 1982, la Constitution met les francophones hors Québec et les Anglo-Québécois sur un même pied en matière scolaire. Les injustices historiques subies par les francophones hors Québec, qui se sont vus dépouillés de leurs écoles, viennent maintenant valider les frustrations que vivent les commissions scolaires anglo-protestantes du Québec. Si les premières suffisent pour faire comprendre que les secondes (présentées comme un ricochet des premières) ne trouvent aucun remède en droit, on comprend qu'une réparation pour les francophones hors Québec peut se défendre en y incluant symétriquement les doléances des Anglo-Québécois, et vice versa. La voie est ouverte. Les législateurs fédéraux peuvent prendre des notes.

En attendant, il reste à constater les limites de la *Loi sur les langues officielles*. Il faudra bien finir par l'enchâsser dans la Constitution.

¹³⁵ *Id.*, 435.

¹³⁶ La Cour se prononce sur les protections constitutionnelles qui visent les écoles confessionnelles, mais les droits linguistiques prévus à l'article 133 ont été pensés exactement de la même façon : Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec : du régime français à nos jours*, 2^e éd., t. 1, Montréal, Thémis, 1994, p. 163.

¹³⁷ *Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal c. Ministre de l'Éducation du Québec*, [1976] C.S. 430, 450.

- Les limites d'une loi ordinaire

Une fois confirmé le pouvoir des gouvernements fédéral et québécois d'adopter une politique linguistique, c'est la portée de la *Loi sur les langues officielles* qui revient à l'avant-scène avec la bataille des gens de l'air. Deux syndicats de pilotes et de contrôleurs aériens, dont les membres entrent en grève en juin 1976 pour éviter « que l'usage du français ne se généralise dans les communications aériennes au Québec », viennent à bout de faire plier le gouvernement Trudeau. Le 27 août 1976, une nouvelle réglementation fédérale, l'*Ordonnance sur les normes et méthodes des communications aéronautiques*, prévoit qu'« il est interdit à quiconque exploite une station aéronautique de radio au Canada de transmettre des services consultatifs, des autorisations, instructions ou méthodes du contrôle de la circulation aérienne, ou d'y répondre, dans une autre langue que l'anglais »¹³⁸. L'Association des gens de l'air du Québec saisit les tribunaux.

L'affaire *Association des Gens de l'Air du Québec Inc. c. Lang* ne se rendra jamais en Cour suprême. Son importance est toutefois incontestable étant donné le test qu'elle impose à la politique linguistique canadienne dans sa forme prérapatriement constitutionnel¹³⁹. La *Loi sur les langues officielles* peut-elle servir de fondement pour attaquer une réglementation adoptée en vertu d'une autre loi fédérale qui lui serait contraire ? En 1978, la Cour d'appel fédérale répond par la négative et confirme la validité de l'ordonnance du 27 août 1976.

Pour le juge Pratte, la « notion de “langue officielle” est assez imprécise », et l'égalité déclarée par la *Loi sur les langues officielles* est « une égalité relative ». Il conclut :

Si, comme certains le prétendent, il était plus dangereux d'utiliser le français que l'anglais dans les communications aériennes au Canada et au Québec, il me semble que l'on pourrait, sans contredire le principe d'égalité consacré par l'article 2 [de la *Loi sur les langues officielles*], prohiber l'usage du français dans ce genre de communications.¹⁴⁰

¹³⁸ Citée dans *Association des Gens de l'air du Québec Inc. v. Lang*, [1978] 2 C.F. 371 (C.A.F.), 380.

¹³⁹ La « crise toute récente du bilinguisme dans l'air », telle que décrite par Michel Roy, rédacteur en chef du *Devoir*, est l'objet d'une émission spéciale diffusée le 9 juillet 1976 à la télévision de Radio-Canada. Trudeau, qui reconnaît qu'« elle est grave » cette crise, est alors questionné par trois journalistes au sujet de « l'échec » de sa politique linguistique. Il n'a évidemment pas dit son dernier mot : RADIO-CANADA, *Émission : Rencontre de Pierre Elliott Trudeau avec les journalistes*, 9 juillet 1976, en ligne : <http://archives.radio-canada.ca/sports/premiers_ministres_canadiens/clips/12893/> (consulté le 7 novembre 2018).

¹⁴⁰ *Association des Gens de l'air du Québec Inc. v. Lang*, [1978] 2 C.F. 371 (C.A.F.), 376.

Le juge Le Dain, appuyé par le juge Hyde, renchérit. Cet article 2 déclare deux langues officielles et annonce que des droits sont rattachés à ce statut, que partagent en toute égalité les deux langues. Mais, de dire Le Dain, ce sont les autres articles de la loi qui « réglementent les modalités d'application afin d'en faire un droit effectif et une réalité pratique » dans chaque cas. Autrement dit, d'autres dispositions se trouvent ailleurs dans la loi pour « donner effet au statut officiel des deux langues »¹⁴¹. Comme la *Loi sur les langues officielles* ne limite nulle part le pouvoir du gouvernement du Canada de prohiber l'usage du français dans les airs en vertu d'une autre loi fédérale, Le Dain valide l'ordonnance du 27 août 1976¹⁴².

On reconnaît là, dans l'arrêt *Association des Gens de l'Air du Québec Inc.*, le raisonnement retrouvé dans l'arrêt *Jones* sur les conséquences juridiques de l'officialisation linguistique, repris ensuite dans l'affaire *Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal*. Peu importe qu'un litige naisse au Québec ou dans le reste du Canada, peu importe qu'on veuille protéger l'utilisation du français ou de l'anglais, les tribunaux adoptent le même raisonnement sans égard au contexte. Tout part de l'arrêt *Jones*, où l'interprétation des droits linguistiques est fondée sur l'intention législative relative aux langues officielles (puisée dans l'histoire).

La stratégie judiciaire menant à l'interprétation symétrique reste toutefois évidemment à être peaufinée. Seules les bases sont pour l'instant jetées. Mais il apparaît déjà clairement que le recours à l'histoire législative en matière de droits linguistiques est pour le juge l'alibi idéal pour dissimuler son pouvoir d'interprétation, un pouvoir qu'il souhaite sauvegarder. Deux événements construisent pour l'heure la politique linguistique canadienne, 1867 et 1969, et c'est l'intention symétrique qui est coup sur coup confirmée. Si le juge raccroche son jugement à l'histoire législative, les autres acteurs juridiques reconnaîtront qu'il ne fait que reprendre une volonté qui n'est pas la sienne. Son pouvoir est ainsi mis à l'abri de toute contestation. Avec la symétrie, il a peu de chance de se tromper. Le juge assure en outre

¹⁴¹ *Id.*, 379.

¹⁴² Ce raisonnement est repris dans un jugement rendu par la Cour d'appel du Québec en 1982, *Air Canada c. Joyal*. Le juge Monet, qui écrit pour la majorité, rappelle qu'après un premier article sur l'officialisation linguistique « une loi doit être lue dans son ensemble » : *Air Canada c. Joyal*, [1982] C.A. 39, [1982] n° AZ-82011045, p. 5 (C.A.).

cohérence et stabilité à la jurisprudence, ce qui renforce le pouvoir des tribunaux d'orienter le jeu politique.

Au plus fort de la crise « du bilinguisme dans l'air », Pierre Elliott Trudeau est l'invité d'une émission spéciale qui y est consacrée diffusée le 9 juillet 1976 à la télévision de Radio-Canada. Le Parti québécois n'est toujours pas au pouvoir à Québec, et la Charte de la langue française (communément appelée loi 101 sur la base du projet de loi du même nom) n'a pas encore vu le jour ; mais la politique linguistique québécoise, grâce à la loi 22, consacre déjà une seule langue officielle. Trudeau est critique, c'est le moins qu'on puisse dire. Il y oppose sa « politique de bilinguisme », qui doit réussir, car « l'avenir du pays en dépend ». Trudeau ajoute : « on ne réussira pas dans le reste du pays à leur faire accepter le bilinguisme, si dans le Québec on ne leur fait pas accepter le bilinguisme »¹⁴³.

Quatre mois plus tard, le Parti québécois est au pouvoir. En août 1977, la loi 22 est remplacée par la loi 101. Le Québec devient enfin clairement un État français et, en réponse, la Cour suprême du Canada adapte sa stratégie¹⁴⁴. Elle fonde toujours l'interprétation des droits linguistiques sur l'intention législative relative aux langues officielles, mais s'assure, en outre, de rendre leur nature symétrique plus évidente que jamais. Le sort de l'anglais à Québec est ostentatoirement attaché à celui du français au Manitoba. Trudeau n'aurait pas fait mieux. Un nouveau chapitre peut s'ouvrir.

- La consécration d'une stratégie

Les dispositions de la loi 101 qui portent sur la langue de la législation et de la justice sont les premières attaquées (art. 7 à 13), avec l'affaire *Blaikie*. Elles édictent un processus législatif où prime le français, et prévoient en bout de piste une traduction en anglais – donc

¹⁴³ RADIO-CANADA, *Émission : Rencontre de Pierre Elliott Trudeau avec les journalistes*, 9 juillet 1976, en ligne : <http://archives.radio-canada.ca/sports/premiers_ministres_canadiens/clips/12893/> (consulté le 7 novembre 2018).

¹⁴⁴ En 1977, la loi 101 fait du Québec un État français dans la mesure où elle fait du français la langue de la législation et de la justice. Son article 9 prévoit que « [s]eul le texte français des lois et des règlements est officiel ». Son article 13, qui encadre la langue des jugements des tribunaux et organismes exerçant des fonctions judiciaires ou quasi judiciaires, dit que « [seule] la version française du jugement est officielle ». Selon François Côté et Guillaume Rousseau, « pour faire d'une langue la langue officielle, il faut qu'elle soit la langue de la législation, de la justice et, dans une moindre mesure, de l'administration publique : François CÔTÉ et Guillaume ROUSSEAU, *Restaurer le français langue officielle : Fondements théoriques, politiques et juridiques pour une primauté du français langue du droit*, Montréal, Institut de recherche sur le Québec, 2019, p. 21.

sans valeur officielle – pour toutes les lois de l'Assemblée nationale et pour tous les règlements du gouvernement du Québec. Elles exigent aussi notamment des personnes morales et des avocats qu'ils utilisent le français devant les tribunaux, sauf exceptions. En face, l'attaque est fondée sur l'article 133 de la L.C. 1867, qui, on le sait, prévoit l'impression et la publication en anglais et en français des lois québécoises (il ne mentionne pas les règlements du gouvernement) et confère à toute personne le droit d'utiliser l'une ou l'autre de ces langues devant les tribunaux du Québec.

À la défense de la loi 101, le procureur général du Québec plaide que la Constitution donne au Parlement québécois le pouvoir de modifier unilatéralement l'article 133. Il s'appuie sur un autre article de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* (ou L.C. 1867), l'article 92(1), qui dit ceci :

92. Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

(1). L'amendement de temps à autre, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte, de la constitution de la province, sauf les dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur ;

Bref, le procureur général plaide que la loi 101 amende la « constitution de la province » relativement à l'organisation et au fonctionnement de l'Assemblée nationale et des tribunaux québécois, comme le permet 92(1). Il rajoute : la loi 101 est valide, car 1) elle ne touche pas à la « charge de lieutenant-gouverneur », seule exception au pouvoir prévu au premier paragraphe de l'article 92, et 2) le pouvoir d'amendement l'est « nonobstant toute disposition contraire énoncée » dans la L.C. 1867, donc nonobstant ce qu'on peut faire dire à l'article 133.

Subsidiairement, si son premier argument devait échouer, le procureur général du Québec plaide que les dispositions de la loi 101 ne contredisent pas nécessairement celles de l'article 133.

Le 13 décembre 1979, c'est une Cour suprême unanime qui balaye du revers de la main la première prétention du procureur général du Québec, sans jamais vraiment la prendre au sérieux, faut-il préciser. La Cour est d'avis que Québec se trompe fondamentalement quant à la nature de l'article 133 ; ce dernier ne fait pas partie des sujets inclus dans l'expression

« constitution de la province » prévue à 92(1). Québec n'a donc pas le pouvoir de le modifier unilatéralement. Pour la Cour suprême, l'article 133 :

ne fait pas partie de la constitution de la province [...] mais fait partie indivisiblement de la constitution du Canada et du Québec en donnant au français et à l'anglais un statut officiel au Parlement [canadien], devant les tribunaux du Canada, de même qu'à la législature et devant les tribunaux du Québec.¹⁴⁵

Considérant l'intensité des débats à l'époque, le rejet aussi rapide de l'argument principal du procureur général du Québec surprend. Seulement trois ans auparavant, dans l'affaire *Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal*, le juge Deschênes voyait venir cet argument en admettant qu'aucune réponse ne s'imposait clairement¹⁴⁶. Une « controverse, disait-il en 1976, qui divise profondément les meilleurs esprits »¹⁴⁷.

Alors, trois ans plus tard, en 1979, où est-elle passée cette division profonde entre les meilleurs esprits pour que la Cour suprême se donne la liberté de trancher la controverse en spéculant superficiellement sur la nature de l'article 133¹⁴⁸? Pour « les questions de détails et d'histoire, précise la Cour suprême dans l'arrêt *Blaikie*, il nous suffit de faire nôtres les motifs du juge en chef Deschênes renforcés par ceux de la Cour d'appel du Québec »¹⁴⁹ ; le même juge Deschênes qui, siégeant en première instance, cette fois dans l'affaire *Blaikie*, aurait finalement trouvé les bons mots. Qu'y disait-il ?

La décision de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Blaikie* est rendue en 1978. Deschênes répond à l'argument premier du procureur général du Québec en se fondant d'abord sur l'intention législative relative aux langues officielles, pour ne pas dire exclusivement. C'est l'histoire constitutionnelle qui passe donc devant le reste. Le texte de

¹⁴⁵ *Québec (Procureur général) c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, 1025.

¹⁴⁶ La loi 22 prévoyait une disposition donnant une ultime primauté au texte français des lois québécoises advenant une discordance entre leurs versions française et anglaise. Elle était attaquée dans l'affaire *Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal* et, comme elle touchait à la question du bilinguisme judiciaire, une discussion a porté sur l'article 133, et plus précisément sur le pouvoir du Québec de l'amender unilatéralement.

¹⁴⁷ *Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal c. Ministre de l'Éducation du Québec*, [1976] C.S. 430, 454.

¹⁴⁸ Lorsque la cause est plaidée en juin 1979, *Le Devoir* parle d'une affaire « d'une complexité extrême » (Michel VASTEL, « L'article 133 est inviolable », *Le Devoir*, 13 juin 1979, p. 6).

¹⁴⁹ *Québec (Procureur général) c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, 1027.

l'article 133 n'est étudié qu'en second lieu, et qu'accessoirement. Il justifie sa démarche historique en citant notamment celle adoptée par le juge Laskin dans l'arrêt *Jones*¹⁵⁰.

Deschênes donne la première importance aux mots prononcés le 10 mars 1865 par John A. Macdonald et George-Étienne Cartier lors des débats sur la Confédération au Parlement du Canada-Uni, lorsque les deux hommes politiques expriment tour à tour leur conception de la 46^e résolution de Québec, l'ancêtre de l'article 133. Deschênes écrit : « Les deux principaux protagonistes chez les Canadiens de langue anglaise et de langue française ont clairement fait connaître, à l'époque, l'esprit qui les animait et qui avait présidé à l'élaboration de cette disposition. »¹⁵¹ Il cite ensuite *in extenso* les mots que s'échangent ce jour-là Macdonald et Cartier¹⁵².

Deschênes conclut immédiatement que l'intention des Pères de la Confédération au sujet de l'article 133 est sans ambiguïté. Avec la Confédération, deux majorités doivent renaître, une « anglophone dans le Parlement central » et une « francophone dans la législature de Québec », dans un rapport, peut-on croire, d'égalité. Par conséquent, de dire Deschênes, l'intention législative est que 133 demeure « intangible et à l'abri de toute intervention législative par l'une ou l'autre des assemblées élues »¹⁵³.

¹⁵⁰ *Québec (Procureur général) c. Blaikie*, [1978] C.S. 37, [1978] n° AZ-78021012, p. 51 (C.S.).

¹⁵¹ *Id.*, p. 52.

¹⁵² Pour Deschênes, l'article 133 est un échange de garanties réciproques entre deux majorités, une anglophone et une francophone. Le juge met en scène cette conception de l'histoire en citant la version anglaise du discours de Macdonald, puis la version française du discours de Cartier, comme si l'un et l'autre avaient participé à un débat où les anglophones s'adressaient au Parlement en anglais et les francophones en français. Deschênes ne justifie nulle part son choix de faire parler les protagonistes chacun dans leur première langue, dans une ambiance de bonne entente. Or, on sait qu'il est souvent impossible de savoir dans quelle langue ont été prononcés les discours lors de ces débats parlementaires de 1865 ; leur publication dans un recueil bilingue n'ayant été accompagnée que rarement d'une note indiquant laquelle des versions est l'originale et laquelle est la traduction (Claude-Armand SHEPPARD, *The Law of Languages in Canada*, 10, Studies of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, Ottawa, Information Canada, 1971, p. 377 et 378). Ces discours de Macdonald et Cartier sont de ceux-là : aucun indice ne permet de savoir dans quelle langue ils ont été prononcés. Pourtant, souvenons-nous de l'accueil que reçoit Étienne-Paschal Taché lorsque celui-ci ose s'exprimer en français lors de l'ouverture des débats sur le projet de Confédération au Parlement du Canada-Uni le 3 février 1865 (voir préc., note 23 de la première partie de la thèse). Pourquoi Deschênes ne justifie-t-il le choix de la version qu'il utilise des discours de Macdonald et Cartier ? Parce que sa justification se trouve à un autre niveau. Le travail historique de Deschênes, plus proche d'une mise en scène, sait convaincre parce qu'il est fondé sur le mythe de l'égalité de deux majorités et de deux minorités (nous approfondissons cette notion dans la sous-partie B]i]b] de la première partie de la présente thèse). Après avoir établi que l'article 133 est un échange de garanties réciproques entre deux majorités, il devient normal pour le juge d'en imposer le respect au gouvernement du Québec.

¹⁵³ *Québec (Procureur général) c. Blaikie*, [1978] C.S. 37, [1978] n° AZ-78021012, p. 54 (C.S.).

Le juge ne laisse rien au hasard : si le texte constitutionnel est peut-être ambigu dans son libellé, l'interprétation qu'il faut lui donner doit respecter en tout point l'intention des législateurs, qui elle, en revanche, est sans ambiguïté¹⁵⁴. Deschênes l'admet, en comparant le texte de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* à d'autres rédigés à la même époque par le Parlement impérial, notamment pour l'Australie et l'Afrique du Sud. Il écrit : « Il est vrai que, dans la rédaction de dispositions constitutionnelles visant à assurer l'intangibilité de certaines institutions d'autres pays du Commonwealth, le Parlement de Westminster a pu employer des expressions parfois plus heureuses ou plus vigoureuses que celles de l'article 133. »

Mais pour Deschênes, ces considérations ne sont que des distractions inutiles. Ainsi, elles existent, mais « ce n'est pas là une raison pour nier l'esprit qui animait les auteurs de la Loi de 1867, dans le domaine de la protection linguistique »¹⁵⁵. C'est donc l'histoire constitutionnelle avant le texte.

En conclusion, Deschênes fusionne la question du pouvoir du Parlement québécois de modifier unilatéralement l'article 133 et celle du rapport symétrique qu'institue cet article entre deux langues et deux communautés. « [L]es aspects fédéral et provincial de l'article 133 forment les deux côtés d'une seule et même médaille », affirme-t-il. « Ces deux aspects ont été discutés ensemble, ils ont fait l'objet d'une concession contemporaine et d'une entente réciproque, ils ont été édictés ensemble et, si l'on peut emprunter au vocabulaire contractuel, chacun constitue la considération de l'autre », renchérit-il. « La protection de l'usage de l'anglais à Québec fait partie intégrante de la disposition constitutionnelle qui assure la protection du français à Ottawa », répète-t-il enfin¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Elle l'est évidemment sans ambiguïté au sujet d'une autre question, qui elle n'est pas au centre de la controverse : 133 protège deux langues et deux communautés dans un rapport symétrique. L'intention est toutefois beaucoup moins claire, n'en déplaise à Deschênes, quant à savoir si Québec possède ou non le pouvoir de l'abroger unilatéralement. Le travail historique de Deschênes dans l'affaire *Blaikie* ne tente jamais d'éviter l'anachronisme ; il porte sur l'article 133 un regard fidèle aux conceptions et aux préoccupations qu'on peut en avoir en 1978, au détriment de ce qu'elles étaient véritablement en 1867. Mais il s'agit là d'un autre débat (voir Éric POIRIER, « L'arrêt *Blaikie* sur la langue de la législation québécoise et la thèse du réexamen : et si des développements récents donnaient raison aux professeurs Brun et Tremblay ? », dans Patrick TAILLON, Eugénie BROUILLET et Amélie BINETTE [dir.], *Un regard québécois sur le droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 499).

¹⁵⁵ *Québec (Procureur général) c. Blaikie*, [1978] C.S. 37, [1978] n° AZ-78021012, p. 55 (C.S.).

¹⁵⁶ *Id.*, p. 72 et 73.

Puis, Deschênes termine avec ceci :

Rien ne justifierait la Cour de forcer les textes afin d'en extraire une signification que leurs rédacteurs n'ont jamais voulu leur donner. Mais la Cour est tenue d'écarter une loi [la *Charte de la langue française*] qui abroge unilatéralement une garantie constitutionnelle réciproque que personne n'avait mise en doute durant un siècle.¹⁵⁷

Résultat : Québec ne peut modifier unilatéralement l'article 133.

Malgré tout ce qu'on peut reprocher à Deschênes – il propose une lecture de l'intention législative plus proche d'une mise en scène que d'un travail historique fondé sur une méthodologie la protégeant de l'anachronisme –, une chose reste : c'est l'intention législative sur les langues officielles qui fonde la décision, du moins la conception que s'en fait le juge à l'aide des travaux préparatoires. Autrement dit, Deschênes conclut ce qu'il conclut en disant qu'il le fait parce que les Pères de la Confédération l'ont voulu ainsi, et rien d'autre. La question qui se pose dans l'affaire *Blaikie* est donc réglée avec la stratégie utilisée par le juge Laskin dans l'arrêt *Jones* : Deschênes veut se laver de tout soupçon de partisanerie en s'en remettant à l'intention des législateurs.

Lorsque la Cour suprême se saisit à son tour de l'affaire *Blaikie*, l'année suivante, elle a beau jeu de prétexter qu'elle arrive après la controverse¹⁵⁸. C'est sa façon de s'élever au-dessus de la mêlée, de protéger son pouvoir.

C'est que la Cour suprême veut surtout cacher que l'issue du litige, soit que Québec ne peut modifier unilatéralement l'article 133, ne tient finalement à rien ; ou à tout, c'est selon. Car le motif principal, et qui n'est jamais mentionné, est en fait l'argument qu'a plaidé le procureur général du Canada devant la Cour suprême, un intervenant dans l'affaire : « Toute tentative de l'amender unilatéralement [l'article 133] revient à briser le pacte confédératif de 1867 », plaidait-il¹⁵⁹. Voulant éviter de prendre ouvertement parti dans le débat politique sur l'unité canadienne, il va de soi qu'il fallait cacher la décision derrière le vernis de l'intention législative sur les langues officielles.

¹⁵⁷ *Id.*, p. 74.

¹⁵⁸ Avant d'aboutir devant la Cour suprême, la décision rendue par Deschênes est contestée devant la Cour d'appel du Québec. La démarche du juge Deschênes, fondée sur l'arrêt *Jones*, est défendue par les juges de la Cour d'appel, [1978] C.A. 351 : voir notamment les motifs du juge Bélanger à cet effet. D'autres sont plus nuancés : voir par exemple le juge Dubé.

¹⁵⁹ Michel VASTEL, « L'article 133 est inviolable », *Le Devoir*, 13 juin 1979, p. 1.

Dans l'arrêt *Blaikie*, la Cour suprême s'attarde aussi à l'argument subsidiaire du procureur général du Québec. Peut-on croire que la loi 101 ne contredit pas l'article 133 ?

La loi 101 donne la priorité au français dans le processus législatif québécois (art. 8 et 9), mais avec une traduction anglaise prévue en bout de parcours (art. 10). Or, l'article 133 ne traite que de l'impression et de la publication des lois, ce que respecte strictement la loi 101, car elle ajoute qu'une traduction anglaise des lois doit être imprimée et publiée. En outre, il n'est peut-être pas contredit, considérant que la loi 101 encadre la langue des règlements du gouvernement, alors que l'article 133 traite, pour sa part, des « lois du parlement du Canada de la législature de Québec », et non des règlements du gouvernement.

Or, il est vrai que la loi 101 exige des personnes morales et des avocats qu'ils utilisent le français devant les tribunaux (art. 11), alors que l'article 133 permet à toute personne de faire usage de l'une ou l'autre dans ce contexte. Mais les personnes physiques qui comparaissent sans avocat conservent le droit d'utiliser l'anglais ou le français, de même que les avocats lorsque les autres parties y consentent (art. 11 et 12). Pour le reste, les personnes morales peuvent difficilement prétendre détenir une personnalité linguistique inhérente, et les avocats doivent de toute façon prouver une connaissance du français pour pouvoir joindre le Barreau du Québec (art. 35), l'ordre professionnel des avocats, mesure que personne ne conteste. L'article 133 est donc peut-être globalement épargné. Même qu'il encadre, comme il y est spécifié, les tribunaux « qui seront établis sous l'autorité de la présente loi », soit la L.C. 1867, qui prévoit des tribunaux pour la province de Québec où les juges seront nommés par le pouvoir fédéral. Peut-on avancer que les tribunaux que créera beaucoup plus tard le Québec grâce à des lois provinciales, où les juges seront nommés par le pouvoir provincial, ne sont pas couverts par cette mention explicite à l'article 133 de certains tribunaux ?

Peu importe, car plutôt que de se perdre dans ces considérations, la Cour suprême choisit une autre voie. Elle décide d'interpréter largement l'article 133. Celui-ci encadre l'impression et la publication des lois seulement, mais il faut aussi y lire l'adoption, incluse implicitement. « [S]i l'on donne à chaque mot de l'art. 133 toute sa portée, il devient évident que cette exigence [l'adoption] est implicite », de dire la Cour¹⁶⁰. Comme les lois doivent aussi être adoptées en anglais et en français (c'est implicite), la version anglaise doit apparaître devant

¹⁶⁰ *Québec (Procureur général) c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, 1022.

le Parlement avec la version française durant le processus législatif. Conséquemment, une simple traduction après coup ne suffit plus.

Et même si l'article 133 ne traite que des lois, il faut y ajouter les règlements, car « le plus englobe le moins ». « [I]l est évident que ce serait tronquer l'obligation imposée par ce texte que de ne pas tenir compte de l'essor de la législation déléguée », affirme cette fois la Cour¹⁶¹.

Pour finir, l'expression « tribunaux du Québec » retrouvée à l'article 133 comprend tous les tribunaux, sans exception. « Étant donné l'état rudimentaire du droit administratif en 1867, il n'est pas étonnant qu'il n'ait pas été question » de ces autres tribunaux que pourrait créer le pouvoir provincial par la suite¹⁶². Selon la Cour suprême, il ne faut pas l'interpréter d'une façon telle que le Parlement québécois puisse contourner ses obligations constitutionnelles.

Cette interprétation large de l'article 133, la Cour suprême la justifie par l'absurde. Ne pas permettre son évolution, pour y inclure de nouvelles matières, c'est comme figer la Constitution de 1867, en 1867, à une époque où il existait une incertitude quant à la possibilité que des femmes soient nommées au Sénat canadien, alors que la Constitution prévoit la possibilité d'y nommer des « personnes »¹⁶³. C'est aussi comme la figer à une époque où il existait un doute quant au pouvoir du Parlement fédéral de mettre fin à la possibilité d'en appeler d'une décision de la Cour suprême du Canada devant le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres, alors qu'il va de soi en 1979 que le Canada est un pays indépendant¹⁶⁴.

Cela dit, la Cour suprême applique à l'affaire *Blaikie* les conclusions qui étaient les siennes dans l'arrêt *Jones*. Québec « peut accroître la protection » prévue à l'article 133, mais « [r]ien n'y laisse entendre qu'il peut [les] diminuer unilatéralement ». « Or, de poursuivre la Cour,

¹⁶¹ *Id.*, 1027.

¹⁶² *Id.*, 1028.

¹⁶³ *Québec (Procureur général) c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, 1029. En 1928, la Cour suprême du Canada déclare à l'unanimité que les femmes ne sont pas des « personnes » au sens où l'entend la L.C. 1867. Le jugement est renversé l'année suivante par le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres (le tribunal de dernière instance pour le Canada de l'époque) dans l'arrêt *Edwards v. Canada (Attorney General)*, [1930] A.C. 124, [1929] U.K.P.C. 86.

¹⁶⁴ *Québec (Procureur général) c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, 1029. En 1947, dans l'arrêt *Ontario (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1947] A.C. 127, [1947] U.K.P.C. 1, le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres confirme la validité du projet de loi fédéral voulant donner aux décisions de la Cour suprême du Canada un caractère définitif.

le Chapitre III du Titre Premier de la *Charte de la langue française* a pour objet la réduction et non l'accroissement de droits. »¹⁶⁵ Cette dernière est donc contraire à 133, et doit céder.

Dans l'arrêt *Blaikie*, la Cour suprême protège son pouvoir en s'élevant au-dessus de la mêlée, tranchant une controverse qui n'en serait plus une depuis que les tribunaux inférieurs ont su clore la question grâce à l'intention législative sur les langues officielles¹⁶⁶. Preuve que le pouvoir de la Cour suprême est protégé, voire renforcé : le jugement est rendu le 13 décembre 1979, et Québec obtempère dès le lendemain, 14 décembre, même si les attaques visant la loi 101 étaient la veille « combattues avec la dernière vigueur » par le procureur général du Québec (selon les observations du juge Deschênes)¹⁶⁷. Et avec l'affaire *Blaikie*, ce qui devait arriver arriva : les francophones hors Québec entrent en scène.

Parmi les intervenants devant le plus haut tribunal, Georges Forest, l'un des plus grands défenseurs du fait français que le Manitoba a vu naître, se range du côté des adversaires de la loi 101. Ainsi, pour la première fois, la francophonie canadienne se divise dans un litige portant sur des droits linguistiques constitutionnels. L'intervention n'est pas subtile : si on contribue à briser la loi 101, c'est avec l'espoir de voir réciproquement renaître les droits du français hors Québec. Dans la presse, ce n'est pas cette division qui attire directement l'attention¹⁶⁸. C'est plutôt l'appui inespéré – ce qui revient un peu au même – de la province du Manitoba, qui intervient en faveur de la loi 101¹⁶⁹.

¹⁶⁵ *Québec (Procureur général) c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, 1026.

¹⁶⁶ Et en renvoyant à des absurdités toute envie de proposer une interprétation stricte des dispositions de l'article 133.

¹⁶⁷ *La Loi concernant un jugement rendu par la Cour suprême du Canada le 13 décembre 1979 sur la langue de la législation et de la justice au Québec*, L.Q. 1979, c. 61, par laquelle la version anglaise des lois québécoises et des règlements du gouvernement du Québec redeviennent des lois et des règlements du Québec, et non plus des traductions comme l'entendait la loi 101, entre en vigueur le 14 décembre 1979.

¹⁶⁸ *Le Devoir* fait écho à la plaidoirie de Forest dans ces termes : « Avant que la Cour suprême n'ajourne hier, elle a entendu également le plaidoyer de l'avocat de M. Georges Forest, cet homme d'affaire de Saint-Boniface qui, 90 ans plus tard, a réussi à amener devant le plus haut tribunal du pays le gouvernement manitobain. Chose curieuse cependant, son représentant, un avocat d'origine francophone, a effectué toute sa présentation en anglais... alors qu'il venait défendre le droit de son client à se faire entendre en français devant les cours manitobaines ! » (Michel VASTEL, « L'article 133 est inviolable », *Le Devoir*, 13 juin 1979, p. 6)

¹⁶⁹ Le procureur général du Manitoba est intervenu dans l'affaire pour appuyer la position du Québec. Il est question de cet « axe Québec-Manitoba » dans les éditions du *Devoir* du 11 et du 16 juin 1979 : PRESSE CANADIENNE, « Le Manitoba plaide pour la Loi 101 », *Le Devoir*, 11 juin 1979, p. 7 ; Tom SLOAN, « L'axe Québec-Manitoba », *Le Devoir*, 16 juin 1979, p. 4. Voir aussi l'édition du 20 juin 1979 : Ronald RUDIN, « La politique québécoise et les minorités francophones », *Le Devoir*, 20 juin 1979, p. 5.

Pouvait-il en être autrement ? Jusqu'ici, tout a été pensé symétriquement. L'article 133, qui trouve application à Québec et à Ottawa, donne des droits réciproques à l'anglais au Québec et au français dans le reste du Canada. Lorsqu'il est récupéré pour servir de fondement à une politique linguistique canadienne en 1969, c'est encore grâce à une conception symétrique du rapport entre deux langues et deux communautés que de nouveaux droits linguistiques applicables partout au pays deviennent réalité. Depuis 1867, toutes les affaires qui se rendent devant la Cour suprême du Canada – ou qui, bien qu'elles n'y montent pas, s'avèrent d'une importance indéniable pour la suite de l'histoire – sont tranchées sans égard au rapport entre les langues ou les communautés, et sans égard au contexte.

Vraiment, pouvait-il en être autrement ? Le meilleur coup de Georges Forest était-il de défendre le pouvoir du Québec d'agir unilatéralement tout en refusant l'existence d'un tel pouvoir pour le Manitoba, se privant du même coup du levier bilingue que peut constituer pour les Franco-Manitobains le renforcement du bilinguisme au Québec ? De même, Forest pouvait-il plaider l'importance d'un droit pour le francophone minoritaire de s'exprimer dans sa langue à l'Assemblée législative et devant les tribunaux manitobains tout en diminuant l'importance d'un tel droit pour la minorité officielle du Québec ?

Non, vraiment : comment pouvait-il en être autrement ? Tout y concourt, même le pouvoir de l'argent : « Il faut d'ailleurs rappeler que le gouvernement fédéral appuie financièrement et les avocats de Montréal [ceux qui attaquent la loi 101 dans l'affaire *Blaikie*] et M. Georges Forest de Saint-Boniface [qui se joint maintenant aux adversaires de la loi 101]. »¹⁷⁰ Ajoutons que Georges Forest et la province du Manitoba labourent ainsi leur propre cause : ils doivent l'un et l'autre croiser le fer prochainement devant la Cour suprême dans l'affaire *Forest*, un litige qui porte sur les obligations constitutionnelles du Manitoba relativement au bilinguisme législatif et judiciaire (que la province ne respectait pas depuis 1890), et ils conçoivent l'un et l'autre les droits linguistiques constitutionnels comme étant symétriques.

- Le nouveau prétexte pour protéger l'institution

L'arrêt *Forest* est publié le 13 décembre 1979, le même jour que l'est l'arrêt *Blaikie* ; ceci n'est évidemment pas une coïncidence. La Cour suprême joint l'un et l'autre dans une

¹⁷⁰ Michel VASTEL, « Le Québec plaide le droit d'amender "sa" constitution », *Le Devoir*, 12 juin 1979, p. 6.

stratégie d'une redoutable efficacité. Que les critiques se taisent : les droits des Franco-Manitobains doivent être rétablis comme ceux des Anglo-Québécois ; les droits linguistiques ne servent pas uniquement le français minoritaire, mais également l'anglais minoritaire, dans un rapport symétrique.

Le gouvernement du Québec songe-t-il à dénoncer le travail de la Cour dans l'arrêt *Blaikie* qu'il doit se réjouir de voir renaître le français dans le reste du pays. Le gouvernement manitobain veut-il à tout prix éviter le bilinguisme institutionnel chez lui qu'il doit se féliciter de contribuer en partie à l'élimination de la loi 101 du paysage canadien. La stratégie ne peut toutefois s'imposer que dans le contexte où l'interprétation des droits linguistiques est fondée sur l'intention législative relative aux langues officielles. Autrement, sans cet alibi, le coup de force *Forest-Blaikie* apparaîtrait uniquement politique.

Le Manitoba est créé en 1870, trois ans seulement après la Confédération. Macdonald est devenu premier ministre du nouveau pays, Cartier et Hector-Louis Langevin sont membres de son cabinet, Antoine-Aimé Dorion et Alexander T. Galt ont chacun été élus dans leur circonscription¹⁷¹. On retrouve donc à Ottawa en 1870 tous les acteurs qui ont joué un rôle clé dans la rédaction de l'article 133 de la L.C. 1867. Macdonald et Cartier seront même au cœur de l'action lorsque le projet de loi proposant la création du Manitoba est présenté et débattu à la Chambre des communes.

Lorsque la création du Manitoba est négociée, la situation qui prévaut dans les territoires situés à l'ouest de l'Ontario partage certains éléments avec la situation québécoise. La population de langue française y est majoritaire, mais elle craint que son intégration à l'ensemble canadien provoque, voire accélère, sa mise en minorité de deux façons : dans les institutions fédérales, cela va de soi, mais également sur son propre territoire, car avec l'ouverture du Canada vers l'ouest arrive une immigration massive provenant d'abord de l'Ontario. C'est pourquoi les habitants du futur Manitoba, avec à leur tête Louis Riel, le chef métis, exigent que la création de la nouvelle province soit accompagnée de protections relatives à leurs droits linguistiques.

¹⁷¹ Dorion est nommé juge en 1874 : Jean-Claude SOULARD, « Dorion, sir Antoine-Aimé », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 12, Université Laval/University of Toronto, 2003, en ligne : <http://www.biographi.ca/fr/bio/dorion_antoine_aimé_12F.html> (consulté le 7 mars 2018).

Le projet de loi proposant la création du Manitoba est présenté à la Chambre des communes le 2 mai 1870 par le premier ministre Macdonald. Ses propos au sujet de la disposition protégeant des droits linguistiques, tels que rapportés dans les archives parlementaires, sont plutôt vagues. D'une part, il semble dire que la future Assemblée législative pourra l'abroger unilatéralement, puis ajoute, d'autre part, que la disposition en question est semblable au volet québécois de l'article 133 de la L.C. 1867. Voici l'extrait pertinent :

Pour les mêmes raisons [pour rassurer la population dans la future province], figurent aussi dans le projet de loi, des stipulations visant à satisfaire les divers groupes ethniques de la population. Toutefois, *ces matières seront du ressort du Parlement provincial*. Ainsi, il est dit que les langues française et anglaise pourront être utilisées lors des délibérations de l'Assemblée et que l'on devra se servir des deux langues dans les registres et les comptes rendus des débats des deux Chambres. *Dans la mesure où elle concerne le Québec, cette stipulation est comprise dans l'Acte d'Union. (Traduction ; italiques ajoutés)*¹⁷²

Cartier, qui occupe le poste de ministre de la Milice et de la Défense dans le gouvernement Macdonald, prend la parole après le premier ministre pour insister sur l'importance du projet de loi. Il s'agit du « modèle », dit-il, ou du « point de départ de provinces qui pourraient être créées jusqu'à l'océan Pacifique »¹⁷³. Avec le Manitoba, c'est donc l'ouverture du Canada vers l'ouest qui est en jeu.

Les débats en deuxième lecture s'ouvrent le 4 mai. Ils se poursuivent le 5 mai et sont suspendus le lendemain 6 mai ; on annonce alors à la Chambre des communes que Macdonald est malade. C'est donc Cartier qui prend la tête à partir du 7 mai. Aucune remarque ne touche directement les droits linguistiques, sauf une seule, peut-être, provenant d'un député de l'opposition qui s'attarde aux promesses faites aux Métis pour laisser entendre « que le Gouvernement désire placer la nouvelle province sous la tutelle des Canadiens français »¹⁷⁴.

Les différents articles du projet sont votés à partir du 9 mai, mais aucun commentaire n'est consigné au sujet de la disposition qui consacre des droits linguistiques. Le Sénat adopte le

¹⁷² DÉBATS DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, 1^{re} légis., 3^e sess., vol. 3, 2 mai 1870, Ottawa, 1979, p. 1302. Dans la version anglaise des archives (la version originale), les passages pertinents du discours de Macdonald sont rapportés dans les termes suivants : « *although it will be quite in the power of the Local Legislature do deal with them. [...] That provision as far as the Province of Quebec is concerned, is contained in the Union Act.* »

¹⁷³ *Id.*, p. 1309.

¹⁷⁴ *Id.*, p. 1435.

projet de loi le 11 mai, sans faire de remarque sur cette disposition, et sans y apporter d'amendement¹⁷⁵. Le projet est sanctionné le 12 mai 1870, et la loi entre en vigueur au mois de juillet suivant. La Loi sur le Manitoba voit alors le jour¹⁷⁶. L'un de ses articles ressemble à l'article 133 de la L.C. 1867 :

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

Il existe donc un rapport évident entre l'article 23 de la Loi sur le Manitoba et l'article 133 de la L.C. 1867, que de nombreux auteurs n'ont pas manqué de souligner. Les deux articles cherchent à rassurer une majorité française (au Manitoba et au Québec) qui craint de devenir minoritaire dans un nouvel ensemble. Donc l'article manitobain « a été un fondement essentiel de la création du Manitoba et de l'adhésion de cette province au lien fédéral canadien, exactement comme l'article 133 l'avait été pour le Québec quelques années auparavant »¹⁷⁷. Cartier, « le principal rédacteur » de la Loi sur le Manitoba, « rêvait » même, selon un auteur cité un peu partout à ce sujet, de faire de cette province « un second Québec »¹⁷⁸. En d'autres mots, « on a pu envisager au départ une égalité entre le Manitoba et le Québec sur le plan des principes »¹⁷⁹.

D'autres auteurs, ceux-là plus près des événements entourant la création du Manitoba, partagent aussi cette opinion. Selon une biographie de Cartier publiée en 1907, c'est lui qui reçoit les Métis et conduit les négociations menant à la rédaction du projet de loi. Il dirige également les débats à la Chambre des communes après sa présentation, considérant, comme

¹⁷⁵ DÉBATS DU SENAT, 1^{re} légis., 3^e sess., vol. 3, 15 février 1870 au 12 mai 1870, Ottawa, 1977, p. 231.

¹⁷⁶ Des doutes quant au pouvoir fédéral de créer ainsi de nouvelles provinces émergent, et le Parlement impérial est invité l'année suivante, le 23 mai 1871, à adopter de nouveau la Loi sur le Manitoba afin de dissiper les doutes quant à sa validité. La loi y est adoptée sans débats et le pouvoir fédéral à ce sujet est confirmé pour l'avenir : HOUSE OF COMMONS HANSARD, vol. 201, Londres, 6 mai 1870; HOUSE OF LORDS HANSARD, vol. 206, Londres, 23 mai 1871.

¹⁷⁷ Benoît PELLETIER, « La modification des dispositions constitutionnelles relatives à l'usage de l'anglais ou du français », (1990) 21 *R.G.D.* 223, 271.

¹⁷⁸ Gérald-A. BEAUDOIN, « Le décor historique et constitutionnel », (1983) 14 *R.G.D.* 227, 228 et 229.

¹⁷⁹ *Id.*, 231.

on l'a vu, l'état de santé de Macdonald. « Eut-il l'intention de créer dans l'Ouest une province analogue à la nôtre ? », c'est-à-dire semblable au Québec, se demande le biographe. Peut-être, s'il faut croire le passage suivant d'un discours que Cartier prononce le 21 avril 1871 : « Nous avons donné à Manitoba un gouvernement calqué sur celui de Québec, et je suis heureux de dire que les habitants du pays en sont satisfaits. »¹⁸⁰

En 1892, le juge Prud'homme de la Cour de comté du Manitoba est encore plus explicite au sujet du rapprochement à faire entre les cas québécois et manitobain. Dans l'affaire *Pellant c. Hébert*, il se propose de lire l'article 23 de la Loi sur le Manitoba à partir de l'article 133 de la L.C. 1867, pour mieux en comprendre l'intention. Il écrit : « Je constate que dans l'acte, le dernier acte [la L.C. 1867], la clause 133 est construite des mêmes mots. La section 23 de l'*Acte de Manitoba* n'est qu'une reproduction (*mutatis mutandis*) de la clause 133 de l'*Acte de l'Amérique britannique du Nord*, 1867 [*sic*]. *Le français est à Manitoba ce que l'anglais est à Québec.* » (italiques ajoutés) Et Prud'homme poursuit : « Il n'y a pas de doute que la s. 23 de l'*Acte de Manitoba*, et la s. 133 de l'*Acte de l'Amérique britannique du Nord* sont analogues [*sic*]. Le mot Manitoba est substitué au mot Québec, et c'est tout. »¹⁸¹

Il y a donc plusieurs éléments conduisant à favoriser ce rapprochement entre les cas québécois et manitobain, donc à éventuellement joindre les affaires *Blaikie* et *Forest*. Mais d'autres pointent en direction inverse.

D'une part, les lois attaquées, c'est-à-dire la loi 101 et la loi linguistique manitobaine de 1890, n'ont rien à voir l'une avec l'autre. La première laisse entendre qu'elle ne cherche pas nécessairement à contredire les termes de la L.C. 1867. Elle propose une traduction anglaise de toutes les lois et de tous les règlements du Québec et permet l'utilisation de l'anglais devant les tribunaux dans une panoplie de situations (et même souvent sans traduction en français). La seconde, au contraire, abroge purement et simplement tous les droits prévus à l'article 23 de la Loi sur le Manitoba. Avec elle, « seule la langue anglaise » doit être utilisée

¹⁸⁰ Alfred D. DE CELLES, *Cartier et son temps*, Montréal, Librairie Beauchemin, 1907, p. 113 et 114.

¹⁸¹ L'affaire *Pellant c. Hébert* est reproduite dans Joseph Eliot MAGNET, « Court ordered bilingualism », (1981) 12 *R.G.D.* 237, 242.

à l'Assemblée législative et devant les tribunaux manitobains¹⁸². À la base, les affaires *Blaikie* et *Forest* sont donc différentes.

D'autre part, l'article 133 de la L.C. 1867 et l'article 23 de la Loi sur le Manitoba sont des dispositions distinctes l'une de l'autre. Le premier protège réciproquement le français à Ottawa et l'anglais à Québec. Il devient alors possible d'argumenter qu'il ne fait pas partie de la « constitution de la province », mais plutôt « indivisiblement de la constitution du Canada et du Québec », pour ainsi le mettre à l'abri de l'intervention unilatérale du pouvoir québécois. Le second n'a pas cette nature ; il est inclus dans la Loi sur le Manitoba, trois ans après la Confédération, et ne concerne que cette province. L'argument précédent, le principal dans l'arrêt *Blaikie* (le seul, si l'on exclut l'inavouable argument politique sur l'unité canadienne), lui est donc inapplicable. Que reste-t-il ?

La Cour suprême ne cherche toutefois pas à démêler ce qui distingue les deux affaires et n'y accorde même aucune importance. Tout ce qui compte, dans l'arrêt *Forest*, c'est « l'étroite ressemblance entre l'art. 23 de l'*Acte du Manitoba* et l'art. 133 considéré sous son aspect provincial »¹⁸³. Résultat : le pouvoir de modifier « la constitution de la province », et ce, « quelle que soit l'interprétation qu'on lui donne », « ne peut certainement pas avoir pour effet de donner à la législature du Manitoba à l'égard de l'art. 23 de l'*Acte du Manitoba* un pouvoir de modification que le Québec n'a pas à l'égard de l'art. 133 »¹⁸⁴. L'intention législative en l'espèce est manifestement déterminée globalement, à l'aide d'une théorie qui surplombe tous les événements la construisant.

Dans les circonstances, il faut croire que la Cour suprême avait décidé de joindre les deux affaires dès qu'on lui en donnerait l'occasion, peu importe les distinctions qu'elles présentent. Mais ce n'était pas gagné d'avance. L'affaire *Forest* prend forme lorsque Georges Forest décide de contester la contravention écrite uniquement en anglais qu'il reçoit à Saint-Boniface, au Manitoba, le 18 août 1976. Le Parti québécois n'est pas encore au pouvoir à Québec, la loi 101 n'a toujours pas été adoptée, et Georges Forest voit sa requête rejetée en première instance par un juge manitobain qui ne lui reconnaît même pas la qualité pour agir

¹⁸² *An Act to Provide that the English Language shall be the Official Language of the Province of Manitoba*, S.A. 1890, c. 14, art. 1.

¹⁸³ *Manitoba (Procureur général) c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032, 1033.

¹⁸⁴ *Id.*, 1039.

dans ce dossier. Est-il vraiment le mieux placé, avec son constat d'infraction aux règles de stationnement d'une municipalité, pour porter la cause des droits linguistiques au Manitoba ? La Cour d'appel du Manitoba lui donne toutefois raison et la Cour suprême accepte d'entendre l'affaire en 1979 sans remettre en question la qualité pour agir de Georges Forest.

Pour Michael Mandel, professeur de droit à la Osgoode Hall Law School de l'Université York (Toronto), l'arrêt *Forest* reste fondé sur « des arguments techniques aussi tièdes que peu convaincants ». Il ne s'explique qu'en prenant en compte le contexte politique : « il fallait accorder à Forest ce que les plaignants avaient obtenu dans l'affaire *Blaikie* ». Pourquoi ? Selon Mandel, la Cour suprême embrasse alors « la stratégie politique fédéraliste qui, pour lutter contre le mouvement nationaliste-indépendantiste québécois, tentait d'imposer le bilinguisme partout au Canada »¹⁸⁵. En d'autres mots, peu importe les dissemblances existantes entre les deux causes, il faut utiliser l'affaire *Forest* si elle permet de mieux contrecarrer la loi 101.

Il reste toutefois possible de comprendre la stratégie derrière le choix de jumeler les affaires *Blaikie* et *Forest* en restant sur le terrain juridique. La Cour suprême voit l'affaire *Blaikie* venir. Et elle sait qu'elle peut au même moment se saisir de l'affaire *Forest*. Considérant le caractère explosif du dossier linguistique, elle développe depuis l'arrêt *Jones* une stratégie qui consiste à se draper de l'intention législative relative aux langues officielles pour faire accepter ses décisions par tous les autres acteurs. Le nouveau prétexte lui est donc offert : elle saisit l'affaire *Forest*, qu'elle publie avec *Blaikie*, ce qui lui permet de décider du sort de la loi 101 en se protégeant des critiques grâce à une formule éprouvée : la symétrie¹⁸⁶.

L'égalité Québec-Manitoba permet dans l'immédiat de protéger l'institution judiciaire. Mais deux conséquences découlent directement de ce choix. Dans un premier temps, le piège des langues officielles est dévoilé ; la fracture entre le Québec et les minorités françaises devient irrésistible. Dans un deuxième temps, la Cour suprême se retrouve à devoir trouver une solution au nouveau problème manitobain. Car s'il existe une symétrie entre le Québec et le Manitoba, toutes les lois manitobaines et tous les règlements du gouvernement doivent être

¹⁸⁵ Michael MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, traduit de l'anglais par Hervé Juste, Montréal, Boréal, 1996, p. 209 et 210.

¹⁸⁶ Voir aussi Edward MCWHINNEY, *Canada and the Constitution 1979-1982 : Patriation and the Charter of Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1982, p. 16 et 27.

adoptés en anglais et en français. Or, le Manitoba ne respecte pas cette obligation depuis 1890. Que faire de la législation du dernier siècle prétendument valide, mais contraire aux obligations prescrites par la Constitution ? La Cour suprême devra ajuster sa stratégie.

- Tout sauf un cheval de Troie

Le deuxième arrêt *Blaikie* est publié en 1981. La Cour suprême accepte alors, à la demande de Québec, de préciser la portée des obligations constitutionnelles qui sont les siennes en vertu de l'article 133 de la L.C. 1867. Georges Forest intervient pour s'opposer à cette initiative québécoise, dans ce qui constitue le deuxième épisode exposant la division de la francophonie canadienne devant le plus haut tribunal, mais son opinion est rejetée¹⁸⁷. La Cour procède.

Dans l'arrêt *Blaikie* de 1979, la Cour dit que l'obligation de bilinguisme législatif ne vise pas que les lois de la législature, malgré les termes de l'article 133 qui s'y limitent explicitement, mais également les règlements du gouvernement. Deux ans plus tard, dans le deuxième arrêt *Blaikie*, la Cour est plus largement d'avis que l'obligation « s'applique aux mesures de nature législative qui émanent du gouvernement de la province »¹⁸⁸. Elle vise donc les règlements du gouvernement, mais aussi les autres « mesures de nature législative » qui s'y apparentent ; « tant qu'une action positive du gouvernement est nécessaire pour leur insuffler la vie »¹⁸⁹. Des décrets gouvernementaux y sont donc désormais assujettis.

Il en est ainsi pour éviter que Québec puisse faire indirectement – par exemple, en déléguant à l'exécutif une partie du pouvoir législatif – ce qu'il ne peut faire directement, c'est-à-dire légiférer en français. La Cour appuie son raisonnement sur l'histoire : l'article 133 ne fait pas mention de ces « mesures de nature législative » parce qu'elles étaient peu communes au moment où les Pères de la Confédération se sont rencontrés pour plancher sur leur projet. On fait toutefois le pari que l'esprit qui les animait veut que ces « mesures de nature législative » y soient aujourd'hui ajoutées.

¹⁸⁷ Pouvait-il faire autrement que de s'opposer à l'initiative québécoise ? Son meilleur coup était-il vraiment de donner le feu vert à la Cour suprême sans que la minorité franco-manitobaine n'ait eu le temps d'étudier le cas concret du Manitoba et les conséquences symétriques que le cas québécois pourrait avoir sur le cas manitobain ?

¹⁸⁸ *Québec (Procureur général) c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312, 319.

¹⁸⁹ *Id.*

La Cour y ajoute également les règles de pratique des tribunaux, qui doivent à l'avenir obligatoirement voir le jour en anglais et en français. Il est vrai, l'article 133 « ne [les] mentionne pas expressément », de reconnaître la Cour. Mais la place qu'occupent ces deux langues devant les tribunaux québécois depuis la Conquête britannique est évidente. L'article 133 protège même le droit d'y utiliser l'anglais ou le français, à loisir. Selon la Cour, « il est improbable qu'on les ait oubliées [les règles de pratique des tribunaux]; à notre avis, les rédacteurs ont dû penser qu'en toute logique, elles étaient nécessairement visées par l'article »¹⁹⁰.

Les règlements municipaux ou ceux adoptés par une commission scolaire sont toutefois exclus de l'application de l'article 133. Pourquoi? Encore une fois pour des raisons historiques.

Les municipalités existaient dans le Québec pré-Confédération et certaines légiféraient uniquement en français (par exemple, la municipalité de Joliette), selon ce que constate la Cour suprême.

Les Pères de la Confédération ont inévitablement dû l'avoir à l'esprit puisque la question linguistique était délicate et que la Législature [le Parlement du Canada-Uni], avant la Confédération, avait expressément réglementé la langue utilisée dans les règlements municipaux au Bas-Canada.¹⁹¹

La Cour poursuit. En 1867, l'« essor et la multiplication » de la réglementation municipale étaient « prévisibles ». Dans les circonstances, bien que l'article 133 n'en fasse pas mention, « [c]e silence est voulu et il faut en tenir compte si l'on veut respecter l'intention des Pères de la Confédération »¹⁹². Le même raisonnement vaut pour les règlements des commissions scolaires : « son silence sur la langue des règlements scolaires est également voulu »¹⁹³.

L'article 133 étant symétrique, brûle-t-on d'envie d'ajouter, il devient évident que la Cour suprême n'allait pas y assujettir les municipalités et les commissions scolaires québécoises. Une telle décision en aurait déstabilisé l'architecture en faisant avancer les droits de l'anglais au Québec sans possibilité de faire avancer réciproquement les droits du français hors

¹⁹⁰ *Id.*, 332.

¹⁹¹ *Id.*, 322.

¹⁹² *Id.*, 324.

¹⁹³ *Id.*, 325.

Québec. Québec dispose de la compétence exclusive sur les municipalités et l'éducation. Il n'existe en revanche aucune municipalité ou commission scolaire fédérale.

Avec les arrêts *Blaikie* (1979 et 1981), la Cour suprême étend globalement les obligations relatives à l'article 133. Mais elle n'y est pour rien, peut-on croire ; telle était l'intention de ses rédacteurs. La langue anglaise trouve de meilleures protections en territoire québécois. La langue française pourra réciproquement en trouver de meilleures dans le reste du Canada. La politique linguistique canadienne a de beaux jours devant elle.

Entre-temps, à la suite de l'arrêt *Forest*, le Manitoba se trouve concrètement dans l'incertitude. Il sait maintenant que sa loi linguistique de 1890 est inopérante dans la mesure où elle contrevient à l'article 23 de la Loi sur le Manitoba, mais qu'en est-il de la législation manitobaine adoptée dans sa foulée et qui, jusque-là, était toujours prétendument valide ? L'arrêt *Forest* n'y répond pas clairement.

La province planche alors sur un projet d'amendement constitutionnel, pour limiter la portée de ses obligations linguistiques, qu'elle négocie avec le gouvernement fédéral et la Société franco-manitobaine, un organisme de défense des intérêts des francophones du Manitoba¹⁹⁴. Le projet ne voit toutefois jamais le jour, et le gouvernement fédéral se tourne vers la Cour suprême pour lui demander de clarifier la portée de l'article 23 de la Loi sur le Manitoba. Il s'agit du *Renvoi manitobain* de 1985.

La Cour suprême est alors prise avec un nouveau problème. Elle exprime son désarroi : « Le présent renvoi allie des questions juridiques et constitutionnelles des plus subtiles et complexes à des questions politiques très délicates. »¹⁹⁵ L'égalité Québec-Manitoba veut que la province pratique le bilinguisme législatif et judiciaire pour l'avenir, mais aussi, s'il faut être conséquent, que tout ce qui a pu émerger de contraire à la Constitution depuis 1890 soit déclaré invalide. Que faire ? Première chose : plonger dans l'histoire¹⁹⁶.

La Cour reprend alors une stratégie qu'elle peaufine depuis l'arrêt *Jones*, consacrée depuis l'arrêt *Blaikie*. Elle reprend la lecture de l'article 133 à partir de son évolution depuis la 46^e

¹⁹⁴ Stéphanie CHOUINARD, *La question de l'autonomie des francophones hors Québec : Trois décennies d'activisme judiciaire en matière de droits linguistiques au Canada*, thèse de doctorat, Université d'Ottawa, Faculté des Sciences sociales, École d'études politiques, 2016, p. 103.

¹⁹⁵ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, 728.

¹⁹⁶ *Id.*, 731.

résolution de Québec de 1864. Elle souligne que sa rédaction suscite « beaucoup de préoccupations et de commentaires dans les débats sur la Confédération ». Et considérant l'égalité Québec-Manitoba, l'intention des « auteurs » de la L.C. 1867 dévoile nécessairement celle qui doit être attribuée à la Loi sur le Manitoba, rédigée trois ans plus tard¹⁹⁷.

Le procureur général du Manitoba tente de se tirer d'affaire en plaçant cet article 23 n'est que directif ou programmatique, qu'il prévoit donc une sorte d'idéal à atteindre qui n'implique pas que les actes qui y sont contraires soient déclarés invalides. Le procureur général du Québec intervient, quant à lui, non pas pour appuyer le Manitoba – ce qui impliquerait, de son point de vue, que la Cour suprême revienne sur ce qu'elle a dit dans les deux arrêts *Blaikie* –, mais pour lui demander d'aller au bout de la logique d'égalité Québec-Manitoba. Maintenant la tempête passée¹⁹⁸, Québec craint le « deux poids, deux mesures » et de voir le Manitoba s'en sauver sous prétexte que le bilinguisme est là impraticable depuis qu'il n'a pas été respecté durant un siècle.

Mais la Cour suprême sent qu'elle ne peut plus reculer. Elle doit aller au bout de sa stratégie. Ainsi, l'article 23 de la Loi sur le Manitoba est impératif, et non directif. Tous les actes accomplis dans la province depuis 1890, dans la mesure où ils ont été accomplis en contravention à ce qu'exige cet article, sont invalides. Le bilinguisme législatif (et judiciaire) doit renaître au Manitoba, comme il doit renaître au Québec, même si les francophones (selon le recensement canadien de 1981) ne forment plus que 3,1 % de la population manitobaine (3,1 % en retenant comme indicateur la langue parlée à la maison ; 5,1 % en retenant la langue maternelle)¹⁹⁹.

¹⁹⁷ *Id.*, 739.

¹⁹⁸ En 1985, le *Renvoi manitobain* paraît dans la suite des arrêts *Blaikie* et *Forest*. Mais d'autres faits, survenus en parallèle, pouvaient laisser croire qu'il n'y aurait désormais peut-être plus besoin de contrepartie symétrique à la progression des droits de l'anglais au Québec pour faire accepter les décisions de la Cour suprême. Le référendum perdant de 1980 (portant sur la souveraineté du Québec), le rapatriement constitutionnel de 1982 et l'arrêt *Quebec Protestant School Boards* de 1984 (et la fin des dispositions de la loi 101 en matière de langue d'enseignement perçues comme entravant la mobilité interprovinciale) laissaient entendre que la politique linguistique canadienne avait déjà triomphé.

¹⁹⁹ André FAUCHON, « Le Manitoba français, une francophonie plurielle », (2001) 13 : 2 *Cahiers franco-canadiens de l'Ouest* 109, 112. Selon le recensement de 2016, les francophones ne sont plus que 1,7 % de la population du Manitoba (en retenant comme indicateur la langue parlée à la maison, ou 3,7 % en retenant la langue maternelle) : INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *La francophonie canadienne*, mise à jour le 26 janvier 2018, p. 15 et 17, en ligne :

La Cour suprême ne peut plus reculer parce qu'elle se sent contrainte d'embrasser toujours l'intention législative sur les langues officielles. Elle l'a servie par le passé, on imagine qu'elle lui servira aussi à l'avenir. La Cour n'entend pas non plus reprendre à son compte la proposition du procureur général du Manitoba, qui constitue un véritable cheval de Troie.

Admettre que l'article 23 de la Loi sur le Manitoba peut n'être que directif, c'est admettre que la Constitution n'est pas toujours l'outil mis à la disposition des tribunaux pour scruter la validité des législations fédérales et provinciales canadiennes. La Cour suprême peut-elle, pour éviter le problème de l'invalidité d'un siècle de législations manitobaines, laisser entrer dans sa jurisprudence une proposition qui diminuerait son pouvoir et réduirait son rôle et ses fonctions ? Non, elle préfère protéger sa forteresse, et utiliser plutôt ce cas difficile pour la renforcer, voire accroître l'importance de la zone qu'elle contrôle.

Dans le *Renvoi manitobain* de 1985, la Cour sait qu'invalider un siècle de législations, c'est créer un gigantesque « vide juridique » et plonger conséquemment le Manitoba dans le désordre, le « chaos » et l'« anarchie »²⁰⁰. Elle applique donc la logique d'égalité Québec-Manitoba, déclare toutes les lois manitobaines invalides, mais les maintient immédiatement opérantes, de même que tous les actes qui ont été accomplis inconstitutionnellement, en s'appuyant sur des postulats (ou principes) non écrits prévus dans la Constitution : la primauté du droit, la validité *de facto*, la chose jugée, l'erreur de droit, l'état de nécessité, le mandat implicite, etc.²⁰¹.

La législation demeure opérante, mais temporairement ; le temps qu'il faudra au Manitoba pour modifier son processus d'adoption des lois pour l'avenir, en s'inspirant de ce que la Cour a imposé au Québec dans *Blaikie*²⁰², et pour traduire et adopter de nouveau tout ce qui s'est fait de contraire à la Constitution pendant un siècle.

<<http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/economie/comparaisons-economiques/interprovinciales/chap3.pdf>> (consulté le 15 novembre 2018). Ajoutons donc ceci : « [L]es craintes qu'ils avaient déjà exprimées [les francophones du Manitoba] quant à la survie de leur langue une fois la colonie intégrée au fédéralisme canadien [en 1870] se sont avérées prophétiques, puisqu'ils ne sont devenus qu'une petite minorité dès les premières années qui ont suivi » (Benoît PELLETIER, « La modification des dispositions constitutionnelles relatives à l'usage de l'anglais ou du français », [1990] 21 *R.G.D.* 223, 269).

²⁰⁰ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, 747 et 758.

²⁰¹ *Id.*, 767.

²⁰² *Id.*, 776.

La Cour préfère découvrir elle-même ces principes, qui lui permettent de rester complètement maître du jeu, plutôt que d'invalider la législation manitobaine et donner à d'autres institutions (l'Assemblée législative du Manitoba, le gouvernement manitobain, son lieutenant-gouverneur, le Parlement fédéral, etc.) le soin de définir la suite. La version officielle du récit veut que la Cour « découvre » des principes non écrits. Elle les choisit plutôt ici et là : dans la jurisprudence états-unienne traitant de la législation adoptée par les États confédérés durant la guerre de Sécession, dans la jurisprudence britannique portant sur la validité des actes officiels adoptés par le régime ayant déclaré unilatéralement l'indépendance de la Rhodésie du Sud (1965), dans la jurisprudence chypriote relative à la législation adoptée durant l'insurrection de 1963, dans la jurisprudence pakistanaise validant une action gouvernementale prise dans la foulée de la création du nouvel État en 1947.

La Cour suprême dévoile ainsi son pouvoir créateur. Pour en comprendre la portée, et pour mettre au clair toutes les questions qui peuvent ne pas l'avoir été jusqu'ici (maintenant que nous avons des faits sur lesquels nous appuyer), la théorie réaliste de l'interprétation de Michel Troper devient absolument incontournable.

B) Des juges voyant un avantage à reprendre à leur compte l'intention législative sur les langues officielles au Canada

L'exercice aurait pu apparaître dans l'introduction générale ou dans une partie préliminaire à la présente thèse. Il est toutefois proposé ici, maintenant qu'il apparaît que la théorie de Michel Troper offre le cadre d'analyse tout indiqué pour éclairer le phénomène jurisprudentiel sur les droits linguistiques au Canada (i). Le traitement chronologique des événements reprend ensuite immédiatement : c'est le triomphe des idées de Pierre Elliott Trudeau à l'occasion du rapatriement constitutionnel et la confirmation, auprès des juges, qu'ils ont tout avantage à justifier leurs décisions en les appuyant sur l'intention législative relative aux langues officielles (ii).

i) Une protection pour l'institution judiciaire grâce aux théories élaborées pour comprendre la problématique soumise au regard des juges

Les juges jouissent d'une liberté complète dans l'interprétation qu'ils donnent aux textes de loi, mais savent qu'ils n'ont pas intérêt à l'exposer (a). En matière de droits linguistiques, ils savent adopter la stratégie qui leur apparaît être la meilleure pour défendre et accroître le

pouvoir de l'institution judiciaire : ils fondent leurs décisions sur l'intention législative relative aux langues officielles, trouvée grâce aux théories de la conception de la politique linguistique canadienne (b).

a) La théorie réaliste et la théorie des contraintes juridiques de Michel Troper

Avec l'article 133 de la L.C. 1867 et la *Loi sur les langues officielles* pour seuls fondements, la politique linguistique canadienne s'est retrouvée à neuf reprises devant les tribunaux dans des affaires qui permettent d'observer son application simultanée au Québec et dans le reste du Canada. Le rapatriement constitutionnel de 1982 est maintenant, à ce point-ci de la thèse, à nos portes. Avant de poursuivre, les indices sont à présent suffisamment nombreux pour pouvoir poser le bon diagnostic : les dés sont jetés, l'interprétation est symétrique. S'agit-il du sens véritable de la politique linguistique canadienne ? Ou est-ce plutôt la voie que choisissent librement de prendre les tribunaux ?

Le débat se réduit essentiellement à deux approches. Soit l'interprétation est une fonction de la connaissance, ce qui présuppose que les lois ont « un sens objectif qu'il est possible de décrire »²⁰³. Alors, grâce à des méthodes éprouvées, l'interprète peut séparer le vrai du faux et trouver la signification véritable du texte. Soit, au contraire, l'interprétation est une fonction de la volonté, ce qui implique que le sens des lois ne préexiste pas à leur interprétation, qu'« il n'est donc pas possible de le décrire, mais seulement de le déterminer »²⁰⁴. Dans ce cas, le juge détient un pouvoir énorme : « le véritable législateur n'est pas l'auteur du texte, c'est l'interprète »²⁰⁵.

La portée de cette dernière approche est souvent illustrée dans la littérature juridique par un extrait d'un discours prononcé par Benjamin Hoadly, évêque anglais, défenseur de la liberté de religion et de la Glorieuse Révolution de 1688. En 1717, il met en garde le roi de Grande-Bretagne George 1^{er} contre les dangers qui guettent le royaume advenant qu'une seule autorité religieuse se voit remettre le pouvoir d'interpréter la Bible (ou la loi divine). Il écrit : « Quand quelqu'un a une autorité absolue pour interpréter des lois écrites ou orales, c'est lui

²⁰³ Voir Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 69.

²⁰⁴ *Id.*

²⁰⁵ Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 334.

qui est en réalité le législateur à tous égards et à toutes fins, et non pas la personne qui la première les a écrites ou prononcées. »²⁰⁶ En d'autres mots, en étouffant la dissidence, l'Église qui détient le pouvoir d'interpréter la Bible est celle qui détermine son contenu. On comprend que l'institution à qui on remet le pouvoir d'interpréter la loi détient alors celui de la réécrire.

Dans le dossier des droits linguistiques, ce sont les arrêts *Blaikie* et *Forest*, publiés le même jour en 1979, qui tranchent le débat. La manœuvre expose incontestablement la nature du pouvoir dont dispose le plus haut tribunal canadien. Le *Renvoi manitobain* de 1985, analysé ici parce qu'il se situe d'abord dans la continuité de l'arrêt *Forest*, renforce l'observation. *Primo*, la loi n'a pas de sens véritable accessible à la connaissance. Sa signification ne s'impose pas par elle-même ; elle dépend de l'interprète qui détient le pouvoir de la déterminer. *Deuxio*, le juge, malgré toute sa liberté, s'en tient à un « nombre restreint de solutions »²⁰⁷. Pourquoi ? Parce qu'« il est conduit à adopter des stratégies dans l'exercice de son pouvoir »²⁰⁸. Les contraintes ne sont donc pas là où on les attend généralement.

- Interpréter est un acte de volonté

La facture des arrêts *Robinson* et *Dubois*, rendus par la Cour suprême du Canada en 1891 et 1935, ne laissait pas transparaître de débats épistémologiques. Les juges y décrivaient un article 133 contenant des garanties réciproques pour l'anglais à Québec et le français à Ottawa à l'aide de considérations purement intuitives, comme si le texte était naturellement doté de sens (donc comme si l'interprétation était une fonction de la connaissance). C'était toutefois avant que la question linguistique ne devienne le premier sujet de controverses au Canada. Et les juges pouvaient se permettre d'en dire très peu sur un détail présenté comme secondaire aux enjeux profonds opposant les parties dans ces affaires (à savoir des discordances entre les versions anglaises et françaises du Code civil québécois et d'une loi fédérale). D'ailleurs, personne ne les incitait à exposer leur jeu.

²⁰⁶ La traduction est de Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 235.

²⁰⁷ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Michel TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 11.

²⁰⁸ Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 196.

Les choses changent avec la polarisation des relations Québec-Canada autour des langues officielles durant les années 1960. L'intuition ne peut plus être une stratégie suffisante lorsqu'apparaissent des litiges portant directement sur les droits linguistiques. La Cour suprême décide alors de s'en tenir à l'interprétation symétrique, mais en y ajoutant des arguments fondés sur l'histoire législative. On peut alors légitimement se questionner : l'ajout est-il une « opération qui fait appel à l'intelligence, au raisonnement déductif et à la connaissance » (le propre de l'interprétation comme fonction de la connaissance)²⁰⁹ ou est-ce plutôt une stratégie « commode pour dissimuler » le pouvoir des juges (celui de l'interprétation comme fonction de la volonté)²¹⁰?

On s'en souvient, l'arrêt *Jones* (1974) tient à un très court argument de texte et à une plongée dans « l'histoire connue de l'art. 133 ». Plus précisément, le juge Laskin utilise le volet historique pour valider l'argument de texte. La méthode semble vouloir indiquer que « l'interprétation est un acte scientifique »²¹¹. Le juge ne tente rien de moins que de nous convaincre qu'il découvre le sens véritable de l'article 133. Mais la méthode peut aussi être « un masque, derrière lequel l'interprète s'abrite pour imposer sa volonté »²¹².

À la fin des années 1970, deux affaires, *Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal* et *Association des Gens de l'Air du Québec Inc.*, reprennent le travail fondé sur l'histoire législative développé dans l'arrêt *Jones*. La première peut-elle vraiment être le résultat d'un pur raisonnement déductif? Difficile de le croire, alors que le juge Deschênes résume d'emblée les enjeux de la façon suivante : « La bataille s'est transportée des Plaines d'Abraham à l'Assemblée nationale et, de là, au Palais de justice : l'enjeu n'a pas changé. »²¹³

La seconde peut peut-être plus facilement y prétendre, elle qui valide le choix du gouvernement Trudeau de bannir l'utilisation du français *dans les airs* pour aussitôt renvoyer la controverse dans l'arène politique. Quoi qu'il en soit, les arrêts *Blaikie* et *Forest* mettent

²⁰⁹ Alexandre VIALA, *L'essentiel de la philosophie du droit*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2017, p. 86.

²¹⁰ Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. viii.

²¹¹ Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 295.

²¹² Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 16.

²¹³ *Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal c. Ministre de l'Éducation du Québec*, [1976] C.S. 430, 435.

fin au débat, et plus encore le *Renvoi manitobain* de 1985 : il devient évident que « la motivation juridique ne tient que le rôle de couverture »²¹⁴.

La controverse exposée dans l'arrêt *Blaikie* est escamotée en 1979 par la Cour suprême, alors qu'elle divisait « profondément les meilleurs esprits » trois ans plus tôt. Que s'est-il donc passé durant ces trois années pour justifier ce passage d'un extrême à l'autre ? L'arrêt *Forest* lui est juxtaposé (malgré des différences notables entre les deux affaires), car comme l'indique le plus haut tribunal, « quelle que soit l'interprétation qu'on lui donne », Québec ne peut avoir un pouvoir que ne détient pas le Manitoba, et vice versa. La Cour ne justifie-t-elle pas ainsi le sort qu'elle réserve à la loi 101 en faisant simultanément progresser les droits du français dans le reste du Canada ?

Les arrêts *Blaikie* et *Forest* sont jumelés au plus fort de la confrontation Québec-Canada sur la question des droits linguistiques. Leur juxtaposition s'imposait-elle naturellement ? Peut-on croire que l'activité de la Cour suprême « consiste à découvrir, donc à connaître, un sens qui lui est extérieur, préexistant à l'interprétation, et objectivement donné dans ce qu'[elle] interprète »²¹⁵?

Deux ans plus tard, le dossier de l'affaire *Blaikie* est rouvert (1981). Le texte de l'article 133 est prolongé à l'aide de spéculations au sujet de ce que les Pères de la Confédération auraient pu avoir ou ne pas avoir en tête au moment de sa rédaction de 1864 à 1867. Dans le *Renvoi manitobain* de 1985, la Cour suprême réaffirme l'égalité Québec-Manitoba, donc déclare toutes les lois manitobaines invalides, mais sauve spectaculairement la province du chaos en les maintenant immédiatement opérantes grâce à la découverte de principes constitutionnels non écrits qu'elle cueille ici et là. Avec ces décisions, la Cour dévoile-t-elle une « réponse juste » qui s'impose d'elle-même ou « masque[-t-elle plutôt] sa volonté politique derrière des principes »²¹⁶?

Si l'interprétation est fonction de la connaissance, il y a subordination du juge à la signification de la loi. Or, les affaires *Blaikie* et *Forest* et le *Renvoi manitobain* génèrent trop de coïncidences et d'heureux dénouements au profit de la politique linguistique canadienne

²¹⁴ Alexandre VIALA, *L'essentiel de la philosophie du droit*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2017, p. 88.

²¹⁵ Gustavo JUST, *Interpréter les théories de l'interprétation*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 149.

²¹⁶ Alexandre VIALA, *L'essentiel de la philosophie du droit*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2017, p. 87.

pour croire à cette subordination. Le dossier des droits linguistiques expose le pouvoir du juge. Clairement, leur sens « n'a pas d'existence indépendante de l'interprétation, il ne peut pas être découvert ou décrit, il est en réalité produit par l'interprète »²¹⁷. C'est donc la signification des droits linguistiques qui est subordonnée au juge, et non l'inverse.

Il n'y a pas d'illustration plus puissante du pouvoir dont jouissent les juges que le *Renvoi manitobain* de 1985. Selon le professeur de droit Michael Mandel, les principes constitutionnels non écrits apparaissent lorsque la Cour suprême décide ouvertement de faire tout ce qu'elle a envie de faire. Elle a le pouvoir tout à la fois d'invalider un siècle de législations manitobaines avec tous les actes gouvernementaux accomplis inconstitutionnellement durant cette période, et de les maintenir immédiatement opérants. Elle a le pouvoir de déclarer que la province du Manitoba est en pratique juridiquement inexistante, et de la remettre sur pied grâce à des principes constitutionnels non écrits qu'elle décide d'écrire précisément à ce moment. Que dire de plus ? Comment ne pas se remémorer la mise en garde de l'évêque Hoadly ? Pour Mandel, le *Renvoi manitobain* illustre que la Cour suprême est plus puissante qu'un superhéros hollywoodien :

Cette histoire me rappelle une scène du film *Superman* [mettant en vedette Christopher Reeves, 1978] : le héros, arrivant trop tard pour sauver Lois Lane d'une mort certaine, inverse le sens de la rotation de la Terre et *remonte dans le temps*. Devant ce genre de scène, le spectateur peut facilement avoir le sentiment que l'on s'est joué de lui : si l'on avait su que Superman pouvait faire *cela*, aurait-on éprouvé une telle angoisse en voyant le bus scolaire basculer dans le vide et tomber du pont ? Si nous nous attendons à ce que même les superhéros aient certaines limites et qu'ils ne puissent pas *tout* faire, pourquoi n'aurions-nous pas envers les juges de la Cour suprême les mêmes attentes ? Non seulement ce mécanisme fort pratique de la « nécessité » [suivi de tous les autres principes constitutionnels non écrits tels que la primauté du droit, la validité *de facto*, la chose jugée, l'erreur de droit, le mandat implicite, etc.] rendait le reste de la Constitution quelque peu superflue, mais il révélait aussi de manière assez crue à quel point les documents constitutionnels sont peu contraignants pour ceux qui les « interprètent ».²¹⁸

Le *Renvoi manitobain* n'est pas un cas d'espèce. La Cour suprême y ouvre son jeu parce que les circonstances de l'affaire l'y invitent, mais rien ne permet de conclure qu'elle ne détient pas en permanence tout ce pouvoir. Même si elle ne cherche généralement pas à l'étaler ainsi,

²¹⁷ Gustavo JUST, *Interpréter les théories de l'interprétation*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 149.

²¹⁸ Michael MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, traduit de l'anglais par Hervé Juste, Montréal, Boréal, 1996, p. 229.

il faut conclure que les juges n'exercent pas seulement « *un* pouvoir » ; ils exercent « *tout* le pouvoir, ou tout au moins un pouvoir dominateur »²¹⁹.

Car le droit n'est rien d'autre que ce qu'en disent les juges. Rendue par une autorité de dernière instance habilitée par le système, par exemple, la Cour suprême du Canada, la décision judiciaire produit des effets, quel que soit son contenu, quelle que soit l'ampleur des défauts de son raisonnement. Elle s'impose aussi « même si elle va à l'encontre du sens commun, de l'intention de l'auteur du texte interprété ou des règles de langage ordinaire »²²⁰. Ces décisions sont donc des opinions, ni vraies ni fausses, et leur validité ne tient qu'à l'identité de ceux qui tiennent la plume. Bref, « [c]e n'est pas le sens véritable qui permet de dire qu'une interprétation est vraie, c'est au contraire l'interprétation émanant d'un organe habilité qui permet de dire quel est le sens véritable »²²¹.

L'ouvrage *La bataille de Londres*, paru en 2013, illustre une nouvelle fois que « ce n'est pas la raison qui produit le droit, mais bien le droit qui produit la raison juridique »²²². L'historien Frédéric Bastien révèle, à partir de recherches dans les archives britanniques, qu'au moins deux juges de la Cour suprême échangeaient des informations avec les gouvernements canadien et britannique, alors que le plus haut tribunal se penchait sur la constitutionnalité du projet de rapatriement unilatéral proposé par le gouvernement de Pierre Elliott Trudeau. Mais rien ne peut y faire. L'avis dans le *Renvoi sur le rapatriement* de 1981 demeure valide même s'il a été rendu en contravention du principe de la séparation des pouvoirs.

En réaction aux révélations de Bastien, la Cour suprême a publié, le vendredi 26 avril 2013, en fin d'après-midi, un communiqué de presse de quelques lignes. Elle n'entend pas discuter :

POUR DIFFUSION IMMÉDIATE.

La Cour suprême du Canada a complété un examen exhaustif de ses dossiers. Ceux-ci ne contiennent aucun document au sujet de communications que l'ancien juge en chef Laskin et l'ancien juge Willard Estey auraient eues avec des tiers relativement

²¹⁹ Guillaume TUSSEAU, « Le gouvernement [contraint] des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques – ou l'art partagé de ne pas pouvoir avoir toujours raison », (2012) 55 *Droits* 41, 43.

²²⁰ Michel TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 189.

²²¹ Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 88.

²²² Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 126.

au rapatriement de la Constitution du Canada. Ceci conclut l'examen de la Cour relativement à cette question.

Pour de plus amples renseignements, veuillez communiquer avec :

Owen M. Rees

Adjoint exécutif juridique

Téléphone : (613) 996-9296²²³

Une décision de la Cour suprême du Canada ne peut être attaquée. Elle ne peut être négociée ou discutée. Elle est finale. « L'interprète de la loi est législateur, et l'interprète de la constitution est constituant. »²²⁴ Au sommet de la pyramide des normes, on ne retrouve pas la constitution, mais l'interprète ultime, « seul organe législatif »²²⁵. Le véritable législateur n'est pas le Parlement. Le véritable constituant n'est pas l'auteur de la Constitution, car la loi ou la Constitution ne sont pas autre chose que ce qu'en pensent les juges. Dans les circonstances, « les décisions des autres "autorités" normatives se limitent à tenter d'anticiper sur les décisions juridictionnelles »²²⁶. Ainsi, « [i]l est difficile d'imaginer comment les acteurs politiques pourraient se trouver davantage assujettis au pouvoir des juges »²²⁷.

Le juge est complètement libre. Il peut interpréter la loi comme il le souhaite, surtout que « le langage, pris en lui-même, ne peut pas créer de contraintes »²²⁸. Pour s'en convaincre : « Il est bien évident que ce n'est pas le groupe de sons articulés, ni même le groupe de mots auxquels ils correspondent, qui constitue véritablement la règle. »²²⁹. Même si le législateur prend tous les soins pour écrire le plus clairement possible, le juge doit toujours interpréter. Et ce qu'il retient comme interprétation s'impose, peu importe ce que peut en penser l'auteur du texte. « [L]orsqu'une autorité est investie du pouvoir de donner une interprétation authentique, toutes les interprétations données par cette autorité seront également valables

²²³ COUR SUPRÊME DU CANADA, *Communiqué de presse*, 26 avril 2013, en ligne : <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/news/fr/item/4289/index.do>> (consulté le 5 juillet 2019).

²²⁴ Michel TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 165.

²²⁵ Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 308.

²²⁶ Guillaume TUSSEAU, « Le gouvernement [contraint] des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques – ou l'art partagé de ne pas pouvoir avoir toujours raison », (2012) 55 *Droits* 41, 43.

²²⁷ *Id.*, 45.

²²⁸ Christophe GRZEGORCZYK, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 25, à la page 36.

²²⁹ *Id.*

ou, en d'autres termes, s'incorporeront au texte interprété ou encore produiront des effets juridiques »²³⁰.

Mais le propos va-t-il trop loin ? Si les juges ont tout le pouvoir et s'ils disposent de toute la liberté, comment expliquer qu'ils ne font pas n'importe quoi, de façon arbitraire, en se fondant sur leurs préférences, leurs goûts, leurs caprices ? On opposera, par exemple, que la jurisprudence de la Cour suprême est relativement stable, constante, qu'elle n'évolue que lentement, et jamais aléatoirement.

Le philosophe du droit Michel Troper note même ceci : « tous les témoignages des juges confirment qu'ils ont le sentiment non d'un pouvoir discrétionnaire mais celui d'être liés, qu'il arrive d'ailleurs fréquemment qu'ils se prononcent dans un sens opposé à celui de leurs convictions politiques, parce que le droit leur impose la solution »²³¹. Lorsqu'un juge laisse entendre qu'il applique « la loi mécaniquement sans en trahir la lettre », dément-il, « chemin faisant, la proposition théorique selon laquelle "l'interprétation est une fonction de la volonté" »²³² ?

Selon Troper, il n'en est rien. Parlant des cours de justice situées au sommet de la hiérarchie, par exemple, la Cour suprême du Canada, il écrit, avec sa collègue de l'école de Nanterre : « On ne saurait prétendre que si elles n'agissent pas selon leurs caprices, c'est qu'elles n'en ont pas le droit, car précisément, dès lors que le système juridique fait produire des effets à leurs décisions quelles qu'elles soient, c'est qu'elles en ont le droit. »²³³ Et si on répétait ici que la lecture de la jurisprudence du plus haut tribunal n'indique pas que les juges se fondent sur leurs préférences, leurs goûts, leurs caprices, etc., il faudrait alors expliquer pourquoi ils se conforment à une règle, probablement invérifiable, qui leur refuse d'agir ainsi.

Il faut donc réitérer le propos : le juge est complètement libre. Seulement, la liberté n'implique pas qu'il y a absence de tout déterminisme. « Le pouvoir politique n'est pas celui qui peut tout faire. Ce n'est pas celui qui agit sans contrainte. C'est seulement celui qui agit

²³⁰ Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 93.

²³¹ Michel TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 206.

²³² Alexandre VIALA, *L'essentiel de la philosophie du droit*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2017, p. 85.

²³³ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Michel TROPER, « Introduction », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 1, à la page 2.

sans obligation. »²³⁴ Les juges sont libres, mais il existe « des facteurs qui les contraignent à agir ou interpréter tel ou tel énoncé d'une façon plutôt que d'une autre, c'est-à-dire à choisir un comportement parmi le grand nombre de ceux qui seraient permis par les règles »²³⁵. La contrainte n'est pas là où on l'attend généralement.

La relative stabilité de la jurisprudence ne s'explique pas par les mots retrouvés dans la loi, mais par la « configuration du système juridique »²³⁶. Puisque le juge rend sa décision dans un contexte de coopérations entre différentes institutions, mais aussi de tensions dans un « système de relations », il prend soin de tenir compte « des interprétations des autres » et cherche à « anticiper les réactions »²³⁷. En résumé, « [l] » interprète est bien contraint, mais ce n'est ni la forme linguistique de l'énoncé qui l'obligerait à dégager une signification déjà là, ni par la nature de l'interprétation qui serait une activité de connaissance, ni par une norme qui lui ordonnerait la recherche d'une signification véritable »²³⁸. Non, le juge est conduit à adopter des stratégies.

- Le juge est stratégique

Si les tribunaux exercent un pouvoir dominateur dans un espace où ils peuvent librement manœuvrer, ils cherchent d'abord, par leurs décisions, à protéger ce pouvoir et cette liberté. Pour y arriver, ils ne peuvent évidemment pas faire n'importe quoi, n'importe comment. Pour que leurs décisions soient respectées, les tribunaux doivent convaincre les autres autorités,

²³⁴ Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 102.

²³⁵ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Michel TROPER, « Introduction », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 1, à la page 3.

²³⁶ *Id.*, à la page 2.

²³⁷ Michel TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 162. « Dans la vie juridique, comme dans la vie sociale, économique ou politique, l'usage de la liberté ou du pouvoir est déterminé par certaines causes, qui contraignent les acteurs à agir comme ils le font plutôt qu'autrement. » (Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Michel TROPER, « Introduction », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK [dir.], *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 1, à la page 2). Ce passage s'applique même au juge qui siège au sommet de la hiérarchie judiciaire. Son pouvoir n'est pas soustrait à tout déterminisme : Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 92. S'il veut être obéi, il ne doit pas oser tout faire, même s'il le peut. Il doit entretenir son pouvoir.

²³⁸ Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. ix.

avec qui ils forment l'État, de s'y soumettre. Car elles sont, elles aussi, « habilitées à agir discrétionnairement »²³⁹. Elles peuvent même se retourner « les un[e]s contre les autres »²⁴⁰.

Les tribunaux « s'ingénient [donc] à trouver le moyen de se subordonner efficacement les autres acteurs juridiques, de manière à garantir l'impact maximal de leur pouvoir »²⁴¹. Pour ce faire, ils acceptent de relever « une épreuve de justification »²⁴². Non pas parce qu'une loi l'exige, ni parce que les mots employés par le législateur les y obligent, mais plutôt parce qu'autrement, ils ne peuvent espérer être obéis. Le juge protège son pouvoir « en fournissant des justifications acceptables de ses choix et décisions au regard des positions institutionnelles et des décisions des autres acteurs habilités du système »²⁴³.

La première stratégie du juge consiste à faire paraître sa décision « comme le produit d'une nécessité objective ou de l'application de règles préalables »²⁴⁴. C'est le grand paradoxe : « pour une autorité qui se trouve placée dans une situation d'extrême liberté, le meilleur argument pour justifier ses choix consiste à montrer que ce choix s'impose à elle ou qu'elle ne peut faire autrement »²⁴⁵. Le juge arrive à soumettre les autres acteurs du système en démontrant qu'il conclut ce qu'il conclut parce que le droit est le droit et qu'il n'y peut rien. *A contrario*, un juge dont la décision tiendrait à affirmer qu'il est libre et qu'il a le pouvoir d'imposer sa volonté perdrait inévitablement toute crédibilité. De quelle légitimité pourrait-il alors se réclamer ?

²³⁹ Michel TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 14.

²⁴⁰ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Michel TROPER, « Introduction », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 1, à la page 3.

²⁴¹ Guillaume TUSSEAU, « Le gouvernement [contraint] des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques – ou l'art partagé de ne pas pouvoir avoir toujours raison », (2012) 55 *Droits* 41, 47.

²⁴² Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Michel TROPER, « Introduction », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 1-3.

²⁴³ Brice CROTTEY, « Une tentative de reformulation de la théorie des contraintes : application à la question de la fragmentation du droit international », (2012) 7 *Jus Politicum* 1, 6.

²⁴⁴ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Michel TROPER, « Introduction », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 1, à la page 3.

²⁴⁵ Cathie-Sophie PINAT, *Le discours de l'avocat devant la Cour de cassation. Étude de théorie du droit*, thèse de doctorat, Université de Montpellier, 2015, p. 252.

Le juge veut éviter les manœuvres qui seraient « révélatrices de son pouvoir »²⁴⁶. Pour le protéger, il doit le dissimuler. Et s'il le dévoile, il sait qu'il pourrait le perdre ; les autres acteurs pourraient y voir « le témoignage d'un pouvoir excessif, illégitime »²⁴⁷. L'idéal de l'État de droit requiert la complétude du droit. Les citoyens sont soumis aux lois, et uniquement aux lois dans un système prévisible, et non à des règles indéterminées qui sont finalement posées par un juge libre et tout puissant. « Il faut donc que le juge croit, feigne de croire ou fasse croire qu'il se borne à appliquer un droit préexistant. »²⁴⁸

C'est exactement ce que fait la Cour suprême du Canada dans le dossier des droits linguistiques. Avec l'arrêt *Jones*, lorsque la controverse des langues officielles émerge, elle dévoile sa stratégie. Le volet historique de l'argumentation fait apparaître la décision judiciaire comme une « donnée objective ». Alors, comme l'intention du constituant confirme le raisonnement, qui peut contester le pouvoir de la Cour ? Car cette dernière n'y est finalement pour rien. Ce n'est pas la Cour, mais la Constitution qui s'impose. En conséquence, si le résultat doit déplaire, rien ne sert de s'en prendre à la Cour. C'est la Constitution qu'il faut blâmer, le cas échéant. En attendant, la décision judiciaire, elle, doit être respectée. C'est ce qu'affirme le juge Deschênes, en toutes lettres, dans la décision qu'il rend en 1978 dans l'affaire *Blaikie* :

S'il est vrai que les circonstances ont changé, que les esprits ont évolué et que d'aucuns n'acceptent plus d'être régis par les textes qui ont présidé à la naissance de ce pays, il leur appartient de faire passer leurs convictions dans la réalité politique canadienne ; mais en attendant ce jour-là, c'est la constitution actuelle que le tribunal doit lire, interpréter et appliquer.²⁴⁹

Le *Renvoi manitobain* de 1985 n'est pas ici un contre-exemple. Même si la Cour suprême pose des principes non écrits pour sauver le Manitoba du chaos, elle le fait en démontrant que ces principes existent en quelque sorte déjà. De plus, comme le souligne Mandel, elle agit en s'assurant la collaboration de toutes les parties :

Naturellement, ce dispositif ne doit être utilisé qu'avec modération ; et il faut s'assurer que, comme dans *Les habits neufs de l'empereur* [le conte d'Hans Christian Andersen], il n'y a pas dans les environs quelque gamin effronté pour clamer que la

²⁴⁶ *Id.*, p. 255.

²⁴⁷ *Id.*, p. 251.

²⁴⁸ Michel TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 190.

²⁴⁹ *Québec (Procureur général) c. Blaikie*, [1978] C.S. 37, [1978] n° AZ-78021012, p. 75 (C.S.).

Cour est nue comme un ver. Chacun doit se montrer disposé à jouer le jeu. Dans le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba* [le *Renvoi* de 1985], il était absolument crucial que la Cour obtînt le consentement total de toutes les parties pour agir de la sorte.²⁵⁰

Mandel poursuit :

La Cour laissa même aux différentes parties la responsabilité de décider combien de temps la Constitution serait suspendue pendant la traduction des lois. Ils se donnèrent jusqu'au 31 décembre 1988 pour les lois en vigueur, les règlements et les décisions de tribunaux, et jusqu'au 31 décembre 1990 pour les anciens.²⁵¹

Donc, dans la mesure où la Cour dévoile son pouvoir, elle le fait uniquement en assurant ses arrières ; elle voit à ce qu'aucune partie ne proteste. Même le procureur général du Québec n'y voit aucun problème, lui qui, depuis l'arrêt *Blaikie*, ne fait plus que souhaiter qu'on traite le Manitoba comme on a traité le Québec en la matière.

La stratégie est donc reprise, et reprise encore. D'une décision à l'autre, l'histoire législative sait convaincre tous les acteurs juridiques de la justesse du raisonnement judiciaire. Cette constance dans l'argumentation permet par la même occasion la production d'une jurisprudence relativement stable en matière de droits linguistiques. Une conséquence qui, en elle-même, constitue une autre stratégie permettant la protection du pouvoir des juges.

« [I]l est de l'intérêt d'une cour, qui entend maximiser son pouvoir, de se conformer aux principes jurisprudentiels qu'elle a elle-même établis antérieurement », de dire Michel Troper²⁵². Si le pouvoir c'est la « capacité de déterminer le comportement d'autrui », alors « une cour accroît son pouvoir non pas en tranchant des litiges particuliers de façon arbitraire ou capricieuse, mais au contraire en énonçant des règles générales et stables »²⁵³. Pourquoi ? Parce qu'on a intérêt à écouter une autorité qui donne des conseils utiles, qui permet « aux hommes de prévoir les conséquences de leurs actions », qui leur permet aussi « de choisir parmi les conduites possibles celles qui leur seront les plus profitables »²⁵⁴. Et parce que, au contraire, on boude une autorité qui n'apparaît pas fiable.

²⁵⁰ Michael MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, traduit de l'anglais par Hervé Juste, Montréal, Boréal, 1996, p. 229.

²⁵¹ *Id.*, p. 328, note 12.

²⁵² Michel TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 15.

²⁵³ *Id.*

²⁵⁴ *Id.*

C'est donc par nécessité qu'une argumentation fondée sur l'histoire législative revient constamment après l'arrêt *Jones*, après l'arrêt *Blaikie*, après le *Renvoi manitobain* de 1985. Le juge a le pouvoir de trancher arbitrairement. Mais s'il le faisait ouvertement, par exemple, en s'affranchissant de tout précédent, en proclamant sa liberté, son influence pourrait se limiter à la conclusion d'un seul litige, celui qu'il tranche dans l'immédiat. Son pouvoir, celui de l'institution, est mieux assuré par la stabilité. « Le juge est poussé à la cohérence parce que c'est le seul moyen dont il dispose pour tenter de lier les autres. »²⁵⁵

En matière de droits linguistiques, l'histoire législative permet même d'étendre ce pouvoir. Dans l'affaire *Blaikie*, les tribunaux l'utilisent pour déclarer que l'article 133 fait partie de la Constitution formelle ; qu'il est « intangible », qu'il est « à l'abri de toute intervention législative » de la part de Québec ou d'Ottawa. Même si rien n'était moins sûr avant leur intervention, les juges se donnent, dans la foulée de l'affaire *Blaikie*, le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des mesures qui visent le statut des langues devant les parlements et tribunaux québécois et fédéraux. Avant leur intervention, 133 n'était qu'un fait, au sens où l'entend Troper. « [C]e qui préexiste au jugement n'est pas une norme, mais un texte [...]. La norme n'est pas ce texte, mais seulement sa signification. [...] Tout texte étant susceptible de comporter plusieurs significations, il appartient au juge de choisir entre elles. »²⁵⁶ L'article 133 n'impliquait pas par lui-même que tout texte lui étant contradictoire devait céder. Dans l'arrêt *Blaikie*, les juges lui donnent cette signification. Désormais, ils disposent d'une nouvelle carte dans leur jeu.

Et cette carte constitue le prétexte de l'intervention de la Cour suprême dans le *Renvoi manitobain* (elle doit maintenant faire respecter l'obligation de bilinguisme législatif et judiciaire, se justifie-t-elle). Au motif qu'elle doit sauver le Manitoba du chaos, elle en profite pour poser des principes constitutionnels non écrits, qui, par leur nature, sont finalement supraconstitutionnels ou métajuridiques. Il s'agit d'une nouvelle démonstration éloquente : le juge n'est soumis « qu'à ses propres normes, à sa propre volonté »²⁵⁷.

²⁵⁵ Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 344.

²⁵⁶ *Id.*, p. 99.

²⁵⁷ *Id.*, p. 335.

L'histoire législative, c'est la stratégie qu'ont dénichée les tribunaux pour protéger et même accroître leur pouvoir dans le dossier des droits linguistiques²⁵⁸. Évidemment, ils n'y sont pas tenus, au sens où ils n'ont pas l'obligation de s'y tenir²⁵⁹. Ils restent toujours complètement libres de changer de stratégie ou même de clamer à l'avenir qu'ils ont tous les pouvoirs. D'autant plus que les difficultés entourant l'utilisation des travaux préparatoires sont nombreuses et connues. La stratégie n'est donc pas évidente.

Comment trouver l'intention législative en fouillant dans les débats parlementaires ? Les lois sont rédigées en étapes successives à l'occasion de débats contradictoires où il est souvent difficile de déterminer qui a exprimé l'intention finale derrière le texte. Durant le processus, différents acteurs interviennent, des politiques et des fonctionnaires, certains occupent beaucoup d'espace et d'autres très peu, certains œuvrent ouvertement en public et d'autres dans l'ombre, mais tous travaillent à l'élaboration du texte. À qui va le dernier mot ? Comment pondérer l'importance de chacun ? Des acteurs peuvent avoir été fidèles à leurs convictions. D'autres peuvent avoir dit le contraire de ce qu'ils pensent. D'autres encore peuvent s'être exprimés différemment la veille avant de changer d'idée le lendemain. Comment départir les contradictions ?

De plus, comment interpréter le vote des parlementaires ? Comment savoir ce qu'ils ont compris de l'intention législative ? Doit-on tenter de comprendre l'intention de ceux qui n'ont pas pris la parole, mais qui peuvent avoir donné des indices par leur non verbal ? Évidemment, les difficultés peuvent être encore plus importantes en matière constitutionnelle lorsque les intervenants sont plus nombreux, *a fortiori* dans un État fédératif, où les projets

²⁵⁸ Le professeur Patrick Taillon et la doctorante en droit Amélie Binette notent l'importance particulière du recours à l'histoire dans la jurisprudence relative à l'interprétation des droits linguistiques canadiens : Patrick TAILLON et Amélie BINETTE, « Une théorie “vivante” de l'interprétation pour un cadre constitutionnel désuet », dans l'Annuaire international de justice constitutionnelle, 33-2017, *Juge constitutionnel et interprétation des normes. Le juge constitutionnel face aux transformations de la démocratie*, 2018, p. 201, 209-211.

²⁵⁹ S'il est bien établi en droit canadien que les lois peuvent être interprétées à l'aide de l'histoire législative, il est tout aussi bien établi que celle-ci ne lie pas l'interprète : *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, 266 et 267, j. Lamer ; Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2009, p. 504 et 505 ; Jacques GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 60 ; Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5th Ed. Supplemented, vol. 2, Toronto, Thomson Reuters, 2007, à jour 2016, p. 60-5 ; Ruth SULLIVAN, *Driedger on the Construction of Statutes*, Vancouver, Butterworths, 1994, p. 443.

d'amendements sont débattus et votés dans plusieurs parlements. Que faire encore lorsque la mesure est soumise à un vote lors d'un référendum ?

Et même si chacune de ces questions trouvait une réponse, il resterait encore de nombreuses questions à résoudre. Comment savoir si le législateur aurait eu l'intention qui lui est attribuée s'il avait eu sous les yeux l'exacte situation que doit trancher le juge, dans toutes ses particularités, dans toute sa complexité ? Dans le cas de dispositions législatives ou constitutionnelles plus anciennes, comment justifier qu'il faille obéir à l'intention de législateurs ou constituants aujourd'hui décédés, qui ont vécu dans un tout autre contexte ? Et si l'intention était plutôt de renvoyer aux tribunaux le soin de trouver des réponses à des questions difficiles en leur donnant tout au plus quelques indices pour les guider dans leur travail ? La liste de ces questions pourrait évidemment s'allonger encore.

Si la stratégie n'est pas évidente, il reste qu'elle sait convaincre. Les tribunaux sont bien conscients de toutes ses difficultés, mais peuvent parvenir à les surpasser grâce à une méthode. Comme l'expose Michel Troper, ils ne fouillent vraisemblablement pas aléatoirement dans les débats parlementaires. Ils peuvent plutôt présenter l'histoire législative à la lumière de théories élaborées pour comprendre la problématique soumise à leur regard. Les tribunaux ont une stratégie²⁶⁰. Le prochain sous-point veut en démontrer toute la profondeur.

b) Les cinq événements de l'intention législative sur les langues officielles

Reprenons du début. En 1867, l'intention est symétrique. Les rédacteurs de l'article 133 ne cherchent toutefois jamais à diviser la francophonie canadienne ou à piéger le Québec. Ce n'est que plus tard, lorsque la symétrie s'avère être l'horizon indépassable de l'interprétation

²⁶⁰ On l'écrivait plus tôt. Michel Troper indique que l'une des méthodes permettant de donner forme à l'intention législative est de l'aborder à partir de théories construites pour comprendre la problématique à l'étude. Pour ce qui est des droits linguistiques, la stratégie consiste à lire l'intention législative en se fondant sur les théories de la conception de la politique linguistique canadienne, formalisées notamment par Joseph Eliot Magnet, Angéline Martel et Kenneth McRoberts. On y vient. La présente thèse n'indique pas que ces théories sont citées dans la jurisprudence. Elle démontre plutôt que le mythe de l'égalité – théorisé par ces auteurs – revient explicitement dans plusieurs des 37 décisions pertinentes, et que l'histoire législative – qui donne vie à ce mythe canadien – est utilisée dans presque toutes ces décisions. Troper nous permet ainsi de mettre le doigt sur ce qui peut être la méthode derrière la stratégie judiciaire observée. Et avec cette stratégie, c'est l'interprétation symétrique qui triomphe. Enfin, on comprend que l'interprétation symétrique s'imposera tant que le juge sera d'avis que la meilleure stratégie pour lui est de s'appuyer sur l'intention législative trouvée grâce aux théories de la conception de la politique linguistique canadienne.

des droits linguistiques au Canada, que cette intention apparaît comme un potentiel facteur de division pour la francophonie ou d’embarras pour le Québec. En 1969, l’intention est à nouveau symétrique, mais les législateurs savent cette fois qu’elle peut en être les conséquences. La *Loi sur les langues officielles* reprend néanmoins sciemment les fondements théoriques de l’article 133 de la L.C. 1867. Puis en quelques années, la francophonie se présente divisée devant la Cour suprême du Canada et le Québec se retrouve face à un piège. Les acteurs fédéraux, faut-il conclure, juges et législateurs, se sont entendus pour jouer la même partition.

En analysant la jurisprudence produite durant cette période, l’approche qui consiste à découvrir le sens véritable d’un texte – ou à le présenter ainsi – est apparue davantage être une stratégie « commode » pour dissimuler le pouvoir de l’institution judiciaire²⁶¹. Les autres, ceux des juges qui l’adoptent sans y voir une entreprise stratégique, sont « victimes » d’une « illusion », tout simplement²⁶². Même si « [l]a fonction sociale du droit et la crédibilité de l’ordre juridique sont mieux assurées » par des juges prétextant la découverte de normes préexistantes à chacune de leurs décisions, ceux-ci ne sont pas moins complètement libres²⁶³.

Libres, car « [i]l est parfaitement clair que l’interprétation est valide si elle émane d’une autorité compétente pour interpréter »²⁶⁴. À cette dernière condition, l’ordre juridique donne effet à n’importe quelle interprétation de n’importe quel texte ; il s’agit de son seul sens véritable. Le juge est donc législateur. L’observation peut chambarder des certitudes : « Si cette théorie est vraie, le juge n’est plus soumis à la loi, ni les pouvoirs publics à la constitution et l’on est contraint de reconsidérer l’idée d’une hiérarchie de l’ordre juridique. »²⁶⁵ Il faut toutefois aller jusqu’à remettre en question ces certitudes. On ne peut expliquer pourquoi n’émerge pas l’asymétrie de principes sans chercher à comprendre « ce que *font* réellement les juges derrière ce qu’ils *disent* faire »²⁶⁶.

²⁶¹ Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l’État*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. viii.

²⁶² *Id.*

²⁶³ Michel TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 189.

²⁶⁴ Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l’État*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 92.

²⁶⁵ Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l’État*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 335.

²⁶⁶ Alexandre VIALA, *L’essentiel de la philosophie du droit*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2017, p. 80.

Mais si les juges sont libres, pourquoi reprennent-ils systématiquement l'intention des auteurs des droits linguistiques? Ajoutons qu'au Canada le pouvoir judiciaire est indépendant des pouvoirs exécutif et législatif: les juges sont inamovibles, leur sécurité financière est protégée par la loi et l'indépendance de l'institution est acquise. Seule la légitimité fédérative du processus de nomination des juges à la Cour suprême du Canada est véritablement débattue²⁶⁷. En conséquence, lorsqu'un litige est tranché conformément à l'intention législative sur les langues officielles, ce n'est pas par subordination des tribunaux canadiens aux motivations politiques des Pères de la Confédération, de Pierre Elliott Trudeau ou encore d'autres parlementaires. Au Canada, rien n'oblige les tribunaux à jouer dans un film scénarisé par des hommes politiques.

Dans le dossier des droits linguistiques, les juges y ont cependant vite trouvé un avantage, voire une aubaine. Lorsque les parlementaires se tournent vers eux pour résoudre les crises linguistiques, il s'agit, considérant l'importance de ces crises dans la vie politique canadienne, d'une chance qu'ils peuvent saisir pour positionner le pouvoir judiciaire au centre du jeu. Si l'intention de déplacer les conflits de l'arène politique vers les tribunaux peut être un aveu de faiblesse, sa prise en charge par le judiciaire peut être en contrepartie une occasion d'affirmer la puissance des juges et leur prestige, surtout que c'est l'avenir du pays qui est en cause.

En 1867, la codification de certains droits linguistiques est vue comme une « condition fondamentale du pacte fédératif canadien »²⁶⁸. Plus tard, au plus fort des crises linguistiques, « la judiciarisation est voulue, du moins souhaitée par l'exécutif » fédéral « afin de mettre fin une fois pour toute au débat sur la langue » et ainsi préserver l'unité canadienne²⁶⁹. Les juges peuvent alors choisir de n'obéir à aucune des motivations qui soutiennent ces politiques. Mais

²⁶⁷ Eugénie BROUILLET, « La légitimité fédérative du processus de nomination des juges à la Cour suprême du Canada », (2011) 41 *R.G.D.* 279. C'est l'exécutif fédéral qui détient le pouvoir de nommer tous les juges du tribunal qui tranche ultimement les différends qui opposent le gouvernement fédéral et les provinces, même avec la signature le 14 mai 2019 de l'entente administrative Québec-Canada établissant le processus de désignation des juges de la Cour suprême provenant du Québec (Marco BÉLAIR-CIRINO, « Ce n'est pas idéal comme entente », *Le Devoir*, 16 mai 2019).

²⁶⁸ Benoît PELLETIER, « La modification des dispositions constitutionnelles relatives à l'usage de l'anglais ou du français », (1990) 21 *R.G.D.* 223, 242.

²⁶⁹ Linda CARDINAL, « La judiciarisation de la politique, les droits des minorités et le nationalisme canadien », dans *Écrits en l'honneur de Claude Ryan*, Forum Constitutionnel/Constitutional Forum, vol. 13 et 14, n^{os} 3 et 1, Edmonton, Université de l'Alberta, 2005, p. 60 et 61.

ce n'est pas ce qui se produit. Ils décident plutôt de s'en saisir afin de protéger leur pouvoir et de l'accroître.

De le protéger, car l'intention législative sur les langues officielles leur permet de cacher ce pouvoir et de faire paraître leurs décisions comme le fruit d'un pur raisonnement déductif (à partir de l'arrêt *Jones*). De l'accroître aussi, puisque cette intention législative devient une façon de s'attribuer de nouveaux pouvoirs (celui de contrôler la constitutionnalité d'un plus grand nombre de lois grâce à l'intangibilité de l'article 133 déclarée dans l'arrêt *Blaikie* de 1979, ou celui de créer conséquemment des normes métajuridiques avec le *Renvoi manitobain* de 1985). En somme, les juges reprennent systématiquement l'intention des rédacteurs non pas d'abord pour faire vivre le projet que privilégient les politiciens canadiens en matière de droits linguistiques, mais bien parce que ce choix leur apparaît comme la voie « stratégiquement rationnel[le] » à suivre²⁷⁰.

La décision du juge est le résultat du contexte dans lequel il opère. Il est complètement libre, mais, en réalité, ce n'est pas dans son intérêt de faire un usage immodéré de sa liberté. « Pour gagner la confiance des autres acteurs, pour donner une autorité à ses décisions et faire en sorte qu'elles soient suivies, il lui revient de les présenter non comme le produit de sa volonté arbitraire, mais comme des réponses imposées par le texte »²⁷¹. Et il découvre le texte en se fondant sur un procédé éprouvé.

La stratégie du juge n'est pas de plonger dans les débats parlementaires à la va-comme-je-te-pousse afin de trouver un passage confirmant des intuitions. L'intention législative sur les langues officielles sait convaincre parce que le juge décrit, grâce à elle, les « principes formels » qui constituent les droits linguistiques, et il les interprète à la lumière de théories élaborées pour comprendre la problématique qui leur est soumise. Au Canada, ces théories indiquent toutes la même chose. Les droits linguistiques sont structurés autour du mythe de l'égalité de deux majorités et de deux minorités : les francophones du Québec d'un côté, les

²⁷⁰ Christophe GRZEGORCZYK, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 25 et 27.

²⁷¹ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Paris, Economica/Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 269.

anglophones du reste du Canada de l'autre et, dans l'un et l'autre des cas, leurs pendants minoritaires, à savoir les Anglo-Québécois et les francophones hors Québec.

- Une stratégie qui sait convaincre grâce à un procédé éprouvé

Retrouver l'intention législative est une habile stratégie, ou « une technique argumentaire »²⁷². Le juge peut ainsi « affirmer qu'il n'agit pas selon ses caprices, qu'il n'exécute pas sa propre volonté, mais que sa décision est seulement déduite de la règle »²⁷³. Il s'agit d'une mesure de protection : le juge donne un sens à la loi, puis, en « l'attribuant à une "source extrinsèque" », il indique ne pas en être responsable²⁷⁴. Confessant qu'il n'est pas l'auteur de la norme qu'il dévoile, le juge montre qu'il n'a pas de pouvoir. Rendant ainsi son pouvoir invisible, personne ne peut contester sa légitimité.

L'intention législative est une source de légitimité incontestable. Grâce à elle, le juge peut déjouer ceux qui voudraient l'accuser de lire la loi pour la rendre conforme à ses valeurs personnelles ou à ses convictions politiques²⁷⁵. La force persuasive de l'intention législative est extrêmement puissante. En matière constitutionnelle, elle donne au juge l'occasion de confondre sa décision avec la « volonté du peuple souverain »²⁷⁶. Alors, interpréter la Constitution revient à exposer la loi qui permet l'organisation de la société : opposez-vous à sa décision et vous vous opposerez en quelque sorte à « la règle du jeu politique »²⁷⁷; opposez-vous à sa décision et vous plaidez d'une certaine façon pour la rupture du lien qui unit les composantes d'un même pays, donc pour le retour à « un pur rapport de force »²⁷⁸.

Retrouver l'intention législative est peut-être encore plus nécessaire en matière de droits linguistiques²⁷⁹. Étant donné leur nature particulière, le juge a peut-être davantage besoin de

²⁷² Jacques GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 62.

²⁷³ Michel TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 72.

²⁷⁴ Jacques GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 62.

²⁷⁵ Katherine E. SWINTON, *The Supreme Court and Canadian Federalism : The Laskin-Dickson years*, Agincourt, Carswell, 1990, p. 89.

²⁷⁶ Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 288.

²⁷⁷ *Id.*

²⁷⁸ *Id.*

²⁷⁹ Peut-être plus que ce qui est admis généralement : *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, 266 et 267, j. Lamer ; Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2009, p. 504 et 505 ; Jacques GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Éditions Yvon

cette source de légitimité. Les droits linguistiques sont élaborés pour trouver application dans un contexte précis (ici canadien), n'offrant que rarement au juge l'alibi d'une jurisprudence étrangère pouvant être appliquée dans le respect de normes internationales (comme ce peut être le cas pour les droits de l'homme classiques). Ils donnent aux tribunaux le pouvoir de redistribuer des budgets déjà alloués à d'autres fins par les gouvernements, un pouvoir normalement exercé par les élus (il peut être gênant pour un juge de rediriger de l'argent attribué au poste budgétaire de la santé vers celui de la traduction juridique). Ils requièrent aussi la création de nouvelles limites à la souveraineté des États, des limites qui exigent du juge qu'il intervienne positivement (alors que les tribunaux manipulent généralement des droits constitutionnels qui s'expriment négativement, imposant aux États de s'abstenir d'intervenir). Que reste-t-il des droits linguistiques sans l'intention de leurs auteurs ? Ne reste-t-il pas que les préférences, les goûts, les caprices, les convictions du juge ?

Mais bon, pour convaincre, la stratégie doit être elle-même convaincante. Pour y satisfaire, Michel Troper écrit avec raison qu'il ne suffit pas d'apposer la mention « voici l'intention législative » à côté d'une rhétorique de pure théorie juridique²⁸⁰. En d'autres mots, les arguments de texte – ceux qui consistent à donner un sens à un mot en le remplaçant dans le contexte plus large des articles d'une loi, tout en faisant une étude des articles d'une loi analysés à partir d'un ensemble de lois – ne sont pas à eux seuls convaincants. Les mots de chaque article ont plusieurs sens, et plus on lit les articles les uns avec les autres, et les lois par rapport à des ensembles, et plus les sens possibles se multiplient.

L'intention législative apparaît comme un gage d'objectivité à condition de l'appuyer sur un procédé éprouvé. Autrement, Troper est le premier à le reconnaître, l'intention législative, c'est tout, et ce n'est rien : « La signification d'un texte juridique ne peut jamais se réduire à

Blais, 1991, p. 60 ; Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5th Ed. Supplemented, vol. 2, Toronto, Thomson Reuters, 2007, à jour 2016, p. 60-5 ; Ruth SULLIVAN, *Driedger on the Construction of Statutes*, Vancouver, Butterworths, 1994, p. 443. Peut-être même plus que ce que la doctrine en matière de droits linguistiques veut bien admettre : André BRAËN, « La Cour suprême et l'accès à l'école anglaise au Québec », (2005) 35 *R.G.D.* 363, 386 ; Denise RÉAUME, Denise, « Language Rights : Constitutional Misfits or Real Rights », dans André BRAËN, Pierre FOUCHER et Yves LE BOUTHILLIER (dir.), *Langues, constitutionnalisme et minorités*, Markham, LexisNexis, 2006, p. 201, à la page 206. Car l'intention législative sur les langues officielles n'est pas qu'un motif parmi d'autres. La retrouver est au cœur de toute la stratégie judiciaire sur les droits linguistiques.

²⁸⁰ Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 59-63.

l'intention de ses auteurs, parce que cette intention est multiple et incertaine. »²⁸¹ Bref, un jugement fondé uniquement sur une rhétorique de pure théorie juridique risque de rater sa cible, et l'étiquette « voici l'intention législative » (mentionnée en introduction ou en conclusion) de ne pas sauver la mise.

Donc, la stratégie est convaincante si le juge décrit les « principes formels » qui constituent les droits fondamentaux à interpréter. Il s'agit de considérer que les auteurs du texte ont exprimé par écrit une conception formelle des droits, une notion renvoyant à une certaine idée du genre de société qu'il voulait pour aujourd'hui et pour demain et qui est appelée à s'adapter aux époques. L'interprétation de la loi trouve alors sa légitimité dans la volonté des auteurs d'entrer en dialogue avec l'interprète. Leur souhait serait le suivant : « Appliquez et faites appliquer la doctrine des Droits de l'homme la mieux adaptée à la forme de société dans laquelle vous vivez. »²⁸²

Dans cette logique, le juge qui se revendique de l'intention législative ne peut, s'il veut convaincre, faire n'importe quoi. Il trouve la légitimité « si, en traitant les catégories comme formelles, il se conforme encore à la volonté du constituant historique ». Troper poursuit : « Une telle attitude est non seulement parfaitement concevable, mais elle est implicitement adoptée en fait par les autorités, notamment juridictionnelles, qui se livrent à l'interprétation des Déclarations. »²⁸³

C'est beaucoup ce que dit le juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)* rendu en 1987 par la Cour suprême du Canada. Selon lui, la *Charte canadienne* « ne saurait être considérée comme un simple contenant, à même de recevoir n'importe quelle interprétation qu'on pourrait vouloir lui donner ». Son

²⁸¹ *Id.*, p. 58.

²⁸² Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 328.

²⁸³ *Id.*, p. 274. Le professeur Patrick Taillon et la doctorante en droit Amélie Binette reconnaissent les fondements de cette approche, mais demeurent critiques : Patrick TAILLON et Amélie BINETTE, « Une théorie “vivante” de l'interprétation pour un cadre constitutionnel désuet », dans l'Annuaire international de justice constitutionnelle, 33-2017, *Juge constitutionnel et interprétation des normes. Le juge constitutionnel face aux transformations de la démocratie*, 2018, p. 201 et 206. L'approche vient, selon eux, à « masquer la part d'imperfection, d'improvisation et d'approximation des auteurs du texte de la Constitution, comme s'ils avaient été en mesure de calculer savamment et précisément les conséquences de leurs choix ». Michel Troper répondrait peut-être que la stratégie consiste à interpréter les « principes formels » à la lumière de théories élaborées pour comprendre la problématique soumise au regard des tribunaux. Nous y arrivons.

interprétation, insiste-t-il, « comme celle de tout document constitutionnel, est circonscrite par la formulation, la structure et l'historique du texte constitutionnel, par la tradition constitutionnelle et par l'histoire, les traditions et les philosophies inhérentes de notre société »²⁸⁴.

D'autre part, la stratégie consiste à interpréter ces « principes formels » à la lumière de théories élaborées pour comprendre la problématique soumise au regard des tribunaux. L'intention législative n'est donc pas n'importe quel passage pigé dans les débats parlementaires pour confirmer des intuitions. Puisque les difficultés entourant l'utilisation des travaux préparatoires sont nombreuses et connues, il faut « renoncer à rechercher ce que les constituants ont cru ou voulu faire et examiner ce qu'ils ont fait réellement »²⁸⁵. Le juge a conséquemment besoin de théories propres à la question qu'il cherche à répondre pour pouvoir « reconstruire » l'intention législative.

Il ne s'agit pas d'un « travail historique », « mais [d']une reconstruction à fonction théorique »²⁸⁶. Pourquoi interpréter à partir de telles théories ? Parce qu'on ne peut souvent que difficilement discuter autour des travaux préparatoires. Comment déterminer lequel des législateurs a eu le dernier mot ? Lequel des discours a influencé davantage le vote ? La liste des questionnements est généralement pratiquement sans fin, comme on l'a vu précédemment. Or, à partir d'une théorie, tout le monde peut discuter. On peut alors débattre, dans un cadre circonscrit, du sens à donner à ce qui s'est dit lors des débats parlementaires et prétendre, à terme, trouver l'intention législative. C'est à cette condition que l'intention législative sur les langues officielles devient au Canada l'argument convaincant que l'on sait.

- Le mythe de l'égalité

Il n'y a rien à démêler, vraiment. Toutes les théories de la conception de la politique linguistique canadienne pointent dans la même direction. En simplifiant à peine, la réalité est la suivante : « Officiellement, le Canada a deux langues, deux majorités linguistiques

²⁸⁴ *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, par. 151.

²⁸⁵ Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 63.

²⁸⁶ *Id.*, p. 115.

(anglophone hors Québec et francophone au Québec) et deux minorités linguistiques (francophone hors Québec et anglophone au Québec). »²⁸⁷

La théorisation la plus complète est l'œuvre de Joseph Eliot Magnet, un professeur de droit de l'Université d'Ottawa qui, par le passé, s'est fait remarquer pour son travail de procureur auprès d'organismes représentant les intérêts de communautés francophones hors Québec. Il explique qu'un mythe s'est lentement constitué dans les colonies britanniques d'Amérique du Nord jusqu'à la Confédération canadienne de 1867, alors que les populations française et anglaise, chacune majoritaire dans une partie de ces territoires, apprennent à vivre côte à côte.

Le mythe en question, c'est l'idée « qu'au Québec, une majorité française coexiste avec une minorité anglaise captive, alors qu'en dehors du Québec, une majorité anglaise coexiste avec une minorité française captive » (traduction libre)²⁸⁸. Magnet renchérit : « Le mythe est que le Canada anglais et le Québec renvoient l'un et l'autre une même image par effet miroir, qu'ils sont les deux faces d'une même pièce. » (traduction libre)²⁸⁹ Dans les circonstances, toute réflexion sur le pouvoir des langues est fondée sur le fait qu'au Canada on retrouve « d'un côté une majorité anglaise avec une minorité française et de l'autre une majorité française avec une minorité anglaise » (traduction libre)²⁹⁰.

Le mythe de l'égalité aurait été exprimé pour la première fois par Étienne-Paschal Taché, l'homme qui occupe le siège de premier ministre lors des débats portant sur le projet de Confédération tenus au Parlement du Canada-Uni en 1865. Dès l'ouverture de ces débats le 3 février, après la lecture des 72 résolutions de Québec, celui-ci aborde l'épineuse question de « l'antagonisme des races » française et anglaise qui ponctue la vie politique canadienne de l'époque. Son discours est une plaidoirie en faveur de la « tolérance mutuelle » et du « compromis » et, parlant du pouvoir de désaveu des lois provinciales que le projet entend remettre dans les mains du Parlement fédéral, il indique que la minorité anglo-québécoise n'a rien à craindre de son futur statut. Car la majorité française siégeant à Québec fera face, rappelle Taché, à une majorité anglophone siégeant à Ottawa :

²⁸⁷ Marc L. JOHNSON, *À double tranchant : La politique linguistique à l'égard du français au Québec et au Canada*, Moncton, Institut canadien de recherche sur les minorités linguistiques, 2009, p. 12.

²⁸⁸ Joseph Eliot MAGNET, « Language Rights : Myth and Reality », (1981) 12 *R.G.D.* 261, 263.

²⁸⁹ *Id.*

²⁹⁰ *Id.*

Je crois que les franco-canadiens feront tout en leur pouvoir pour rendre justice à leur[s] concitoyens d'origine anglaise, et il ne faut pas oublier que si les premiers sont en majorité dans le Bas-Canada, les anglais seront en majorité dans le gouvernement général, et qu'aucun acte d'injustice réelle ne pourra être commis, sans qu'il soit redressé par le parlement fédéral.²⁹¹

Au cours de ces débats, de préciser Magnet, George-Étienne Cartier n'en pense pas moins. Celui qui se veut le premier défenseur des Canadiens français rajoute que toute malveillance exprimée par la majorité anglophone à l'égard des minorités françaises hors Québec provoquera une réaction immédiate à Québec, où siègera une majorité française. Instituant deux majorités, le projet de Confédération est donc mécaniquement conçu pour assurer la protection de deux minorités. Pour Magnet, Cartier « était persuadé que la tolérance devait prévaloir, car toute absence de libéralité au Canada anglais provoquerait des représailles au Québec et inversement » (traduction libre)²⁹².

Dans la suite des Taché et Cartier, tous les parlementaires canadiens de 1865, selon Magnet, donc tous les Pères de la Confédération, embrassent le mythe de l'égalité. Et comme il faut « traiter semblablement les cas semblables », il ne reste plus qu'à construire un article 133 complètement symétrique afin de donner la même marge de manœuvre à deux majorités et protéger de la même façon deux minorités. Magnet explique que le mythe de l'égalité impose une approche « treat like alike », qui elle aboutit à l'adoption d'un article unique traitant chaque communauté symétriquement ; il s'agit de la « one rule solution » de 1867, ou de la « solution à une règle unique » (traduction libre)²⁹³.

En 1867, ce mythe répond aux besoins du Québec et du reste du Canada. Les Canadiens français, ces héritiers de sujets français abandonnés en Amérique par la France en 1763, ces survivants de la répression britannique durant les soulèvements de 1837-1838, ces résistants au projet d'assimilation prévu dans l'*Acte d'Union* de 1840, ces minoritaires dans une Amérique du Nord britannique bientôt unifiée, se voient soudainement grandis au rang de majorité égale à la majorité anglophone du nouveau pays grâce au mythe de l'égalité. Au

²⁹¹ DÉBATS PARLEMENTAIRES SUR LA QUESTION DE LA CONFÉDÉRATION DES PROVINCES DE L'AMÉRIQUE BRITANNIQUE DU NORD, 3^e sess., Parlement provincial du Canada, Québec, Hunter, Rose et Lemieux, 1865, p. 11.

²⁹² Joseph Eliot MAGNET, « Language Rights : Myth and Reality », (1981) 12 *R.G.D.* 261, 264. Magnet cite à ce sujet P. B. WAITE, *The Confederation Debates in the Province of Canada, 1865*, Toronto, McClelland and Stewart Limited, 1963, p. 51.

²⁹³ Joseph Eliot MAGNET, « Language Rights : Myth and Reality », (1981) 12 *R.G.D.* 261, 264.

Canada anglais, la protection que reçoit la langue anglaise à Québec sert à justifier l'égalité de protection que reçoit le français à Ottawa. En effet, malgré l'inégalité factuelle évidente des situations dans lesquels se trouvent les populations française et anglaise en 1867, on voit mal comment les Pères de la Confédération auraient pu défendre des droits linguistiques autrement que dans une « solution à une règle unique ». « Comme tous les mythes, il répond aux besoins de l'inconscient canadien, mais reflète mal la réalité. » (traduction libre)²⁹⁴

Le mythe de l'égalité traverse ensuite tout le siècle qui suit. Selon Magnet, c'est lui encore qui prend les devants de la scène à l'occasion du rapatriement constitutionnel de 1982²⁹⁵. On veut enchâsser la *Loi sur les langues officielles* dans la Constitution, mais surtout ajouter des protections pour l'enseignement dans la langue de la minorité française ou anglaise applicables partout au Canada, et ces dernières protections ne sont débattues que dans le cadre d'une « solution à une règle unique » (l'article 23 de la *Charte canadienne*). Magnet note que les intervenants qui se présentent devant le comité parlementaire chargé d'étudier le projet de rapatriement plaident en faveur d'un article unique traitant chaque communauté symétriquement. C'est donc le mythe de l'égalité qui formate encore le débat²⁹⁶.

Les travaux pertinents de Magnet datent de 1981. Quelques années plus tard, Angéline Martel, professeure de sociolinguistique et de linguistique à la TÉLUQ²⁹⁷, et le politologue Kenneth McRoberts les mettent à jour en insistant sur les années Trudeau. Ils théorisent donc l'intention législative sur les langues officielles en exposant ce qui la structure depuis l'adoption de la *Loi sur les langues officielles* en 1969 et la conclusion du rapatriement constitutionnel.

À partir des années 1960, note Martel, le réveil du Québec déclenche une « réaction stratégique » de la part du gouvernement fédéral, puis du reste du Canada, « basée sur des rapports de pouvoir ». Le Québec est donc l'« ingrédient catalysateur » et « déterminant »

²⁹⁴ *Id.*

²⁹⁵ Un autre auteur parle d'un « mythe fondateur du Canada » (traduction libre), repris et réinterprété par l'élite politique du pays surtout depuis les années 60 : Carolyn J. TUOHY, *Policy and Politics in Canada : Institutionalized Ambivalence*, Philadelphie, Temple University Press, 1992, p. 329.

²⁹⁶ Magnet le déplore, lui qui reconnaît l'inégalité dans laquelle sont les langues française et anglaise en contexte canadien et nord-américain. Selon lui, le mythe de l'égalité doit être abandonné et la Constitution doit comprendre une « two-rule solution », ou une « solution à deux règles distinctes » (traduction libre) (Joseph Eliot MAGNET, « Language Rights : Myth and Reality », [1981] 12 *R.G.D.* 261, 270).

²⁹⁷ Martel est appelante, avec Jean-Claude Mahé et d'autres, dans l'arrêt *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, rendu par la Cour suprême du Canada en 1990.

dans « la création de l’alliage réactif » qui mène à l’élaboration d’une nouvelle politique linguistique canadienne²⁹⁸. Elle se développe conséquemment autour de thèmes comme la « diversité linguistique » et le « multiculturalisme ».

Le mythe de l’égalité est alors, peut-on comprendre de Martel, récupéré par le pouvoir fédéral afin de battre en brèche les « positions québécoises » qui menacent l’unité canadienne. Puisqu’il faut à tout prix « empêcher que le français ne se territorialise uniquement au Québec », une réalité qui, selon Ottawa, mènerait à l’éclatement du Canada, « le gouvernement avance un souci de redresser la situation des francophones minoritaires sur la base de l’inégalité de traitement avec les anglophones minoritaires du Québec »²⁹⁹.

L’idée des droits linguistiques est de créer un « contre-équilibre » formé de minorités linguistiques qui « expriment le pluralisme social » et de « contrebalancer la tendance des majorités à imposer leur hégémonie »³⁰⁰. En contexte canadien, on annonce ainsi vouloir bloquer la territorialisation du français au Québec et de l’anglais dans le reste du Canada. Et grâce au mythe de l’égalité, peut-on ajouter, on peut espérer forger une nouvelle alliance entre les Anglo-Québécois et les francophones hors Québec ; une alliance qui garde différentes parties du pays connectées entre elles, qui fait apparaître la politique linguistique québécoise comme illégitime et, même, qui piège le Québec. Ce n’est donc pas une « éthique de la diversité » qui motive la politique linguistique canadienne, mais une « stratégie politique de diversion en regard des pressions croissantes du nationalisme québécois »³⁰¹.

²⁹⁸ Angéline MARTEL, « La politique linguistique canadienne et québécoise. Entre stratégies de pouvoir et identité », (1999) 2 :2 *Globe* 37, 47.

²⁹⁹ *Id.*, 52. « [D]ans ce projet, les minorités francophones hors Québec ont été beaucoup utilisées et peu consultées » (Linda CARDINAL et Luc JUILLET, « Les minorités francophones hors Québec et la gouvernance des langues officielles au Canada », dans Jean-Pierre WALLOT [dir.], *La gouvernance linguistique : le Canada en perspective*, Ottawa, Presse de l’Université d’Ottawa, 2005, p. 157 et 159). Concernant plus particulièrement les droits linguistiques de 1982, Jean-Robert Gauthier, un député fédéral franco-ontarien qui revendique son appartenance communautaire, a affirmé « que les minorités ont été utilisées comme des pions, comme du matériel de négociation par les croupiers du jeu constitutionnel » (Martin NORMAND, « De l’arène politique à l’arène juridique : les communautés francophones minoritaires au Canada et la *Charte canadienne des droits et libertés* », dans François ROCHER et Benoît PELLETIER [dir.], *Le nouvel ordre constitutionnel canadien : du rapatriement de 1982 à nos jours*, Québec, Presses de l’Université du Québec, 2013, p. 179 et 189).

³⁰⁰ Angéline MARTEL, « La politique linguistique canadienne et québécoise. Entre stratégies de pouvoir et identité », (1999) 2 : 2 *Globe* 37, 45 et 46.

³⁰¹ *Id.*, 54.

McRoberts partage le même avis, en plongeant toutefois davantage dans l'histoire canadienne. Il note : c'est lorsque le Québec détourne son regard d'Ottawa pour se recentrer progressivement sur ses propres intérêts nationaux, à partir des années 1960, que le Canada réagit en se redéfinissant comme « nation bilingue ». Un siècle de déceptions avait pourtant poussé le Québec dans cette direction.

Dès les premières heures de la Confédération, le gouvernement fédéral s'efforce de repousser le fait français aux seules frontières québécoises, et encore. Il n'accepte que difficilement d'accorder un peu d'espace à la langue française sur la monnaie, les timbres, les chèques, dans l'affichage et dans sa fonction publique. Lorsqu'il cède, c'est alors strictement dans une logique d'accommodements accordés au compte-gouttes. Parallèlement, les provinces anglophones où résident d'importantes communautés francophones, comme le Nouveau-Brunswick, l'Ontario et le Manitoba, font ce qu'elles peuvent pour favoriser l'assimilation linguistique sur leur territoire. On met fin, par exemple, au financement public des écoles françaises ou on interdit tout simplement l'enseignement français. Le droit d'utiliser cette langue dans les assemblées législatives ou devant les tribunaux est aussi supprimé, etc. McRoberts ne manque pas de le souligner.

Un siècle plus tard, lorsque le Québec cesse de quémander du bilinguisme à Ottawa et amorce un virage pour se constituer en État national requérant de nouveaux pouvoirs, le Canada réagit : « [l]'existence de deux langues devait devenir un des caractères distinctifs de la nation canadienne »³⁰². Le gouvernement fédéral se convertit alors au bilinguisme.

Il offre de l'aide simultanément aux francophones hors Québec et aux Anglo-Québécois, qui doivent dorénavant jouer le rôle d'« intermédiaires entre les deux communautés » majoritaires qui forment le Canada, les francophones et les anglophones³⁰³. Il s'agit de combattre la territorialisation du français au Québec et de l'anglais dans le reste du Canada ;

³⁰² Kenneth MCROBERTS, « Les politiques de la langue au Canada : un combat contre la territorialisation », dans Denis LACORNE et Tony JUDT (dir.), *La politique de Babel : du monolinguisme d'État au plurilinguisme des peuples*, Paris, Karthala, 2002, p. 155, à la page 166.

³⁰³ *Id.*, à la page 178.

de « mettre fin à la ségrégation linguistique, afin que les deux groupes linguistiques soient mieux mêlés au sein de l'ensemble national canadien »³⁰⁴.

Il s'agit aussi de retirer des mains de l'État québécois la possibilité de se revendiquer comme le représentant de la francophonie, ou comme État national ; si le français est présent partout et protégé par l'État canadien, de quel droit le Québec pourrait-il à l'avenir se réclamer d'un statut particulier³⁰⁵?

Cette nouvelle politique n'est possible que grâce à une logique de réciprocité, avec deux minorités pour la tenir en équilibre. Ses fondements se trouvent donc dans le mythe de l'égalité. McRoberts note ceci : « Il existait sans doute une profonde asymétrie entre les positions économiques et sociales des minorités anglophones et francophones, mais la politique linguistique d'Ottawa s'est affirmée dans un esprit résolument symétrique. »³⁰⁶ Conformément au projet de « nation bilingue », « les droits linguistiques minoritaires devaient être reconnus le plus uniformément possible à travers le Canada »³⁰⁷.

Au bout du compte, toutes les théories de la conception de la politique linguistique canadienne décrivent une même intention. Selon Magnet, tous les droits linguistiques constitutionnels, ceux de 1867 et de 1982, sont conçus en fonction du mythe de l'égalité. Martel et McRoberts font, pour leur part, le pas qu'il restait à faire : c'est toute la politique linguistique canadienne qui est fondée sur ce mythe³⁰⁸. En 1867, il répond aux besoins des

³⁰⁴ *Id.*, à la page 186. Sur ce point, voir avec intérêt Jean A. LAPONCE, *Langue et territoire*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1984, p. 139 et 156.

³⁰⁵ Kenneth MCROBERTS, « La politique de l'édification nationale », dans François ROCHER et Benoît PELLETIER (dir.), *Le nouvel ordre constitutionnel canadien : du rapatriement de 1982 à nos jours*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2013, p. 99, à la page 105.

³⁰⁶ Kenneth MCROBERTS, « Les politiques de la langue au Canada : un combat contre la territorialisation », dans Denis LACORNE et Tony JUDT (dir.), *La politique de Babel : du monolinguisme d'État au plurilinguisme des peuples*, Paris, Karthala, 2002, p. 155, à la page 169.

³⁰⁷ Kenneth MCROBERTS, « La politique de l'édification nationale », dans François ROCHER et Benoît PELLETIER (dir.), *Le nouvel ordre constitutionnel canadien : du rapatriement de 1982 à nos jours*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2013, p. 99, à la page 104.

³⁰⁸ Voir aussi généralement Linda CARDINAL et Luc JUILLET, « Les minorités francophones hors Québec et la gouvernance des langues officielles au Canada », dans Jean-Pierre WALLOT (dir.), *La gouvernance linguistique : le Canada en perspective*, Ottawa, Presse de l'Université d'Ottawa, 2005, p. 157 ; Luisa DOMENICHELLI, *Constitution et régime linguistique en Belgique et au Canada*, Bruxelles, Bruylant, 1999 ; Christiane LOUBIER, *L'aménagement linguistique au Canada*, Québec, Office de la langue française, 1988 ; Michael MACMILLAN, *The Practice of Language Rights in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1998 ; Kenneth MCRAE, « Official bilingualism : From the 1960s to the 1990s », dans John EDWARDS (dir.), *Language in Canada*, New York, Cambridge University Press, 1998, p. 61 ; Carolyn J. TUOHY, *Policy and Politics in Canada : Institutionalized Ambivalence*, Philadelphie, Temple University Press, 1992 ; José

acteurs du moment et de leurs successeurs. À partir des années 1960, il permet de ressouder la fédération canadienne : deux langues mises sur un même pied et des mesures réciproques offertes aux francophones hors Québec et aux Anglo-Québécois doivent combattre la territorialisation des langues, créer de nouvelles alliances, délégitimer les ambitions nationales de l'État québécois et piéger son gouvernement³⁰⁹.

Donc, désireux de protéger et même d'accroître le pouvoir de l'institution judiciaire, le juge adopte une stratégie : il rend sa décision en la disant conforme à l'intention législative. Et la stratégie sait convaincre parce que le juge construit l'intention législative à partir des théories de la conception de la politique linguistique canadienne. Ces théories sont un gage inespéré de cohérence pour lui. Elles sont unanimes à démontrer que l'intention est symétrique. Toute la politique linguistique canadienne y répond, c'est-à-dire chacun des cinq événements qui la constitue : 1867 et 1969, on l'a vu, maintenant 1982, puis bientôt les mises à jour de la *Loi sur les langues officielles* de 1988 et 2005.

Certes, la littérature savante ne manque pas de souligner l'existence de « différence[s] cruciale[s] » entre chacun des textes qui ont, successivement, construit cette politique³¹⁰. L'invitation à « favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais » prévue dans la *Charte canadienne* (art. 16[3]), mais absente dans la L.C. 1867, pourrait par exemple faire des droits linguistiques garantis par la première des droits plus susceptibles d'évolution que ceux garantis par la seconde³¹¹. En revanche, la reconnaissance des limites inhérentes aux droits de la *Charte canadienne*, qui « peuvent être restreints [...] dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique » (art. 1), détonne avec l'absence de reconnaissance

WOEHLING, « Conflits et complémentarités entre les politiques linguistiques en vigueur au Québec, au niveau fédéral et dans le reste du Canada », dans Pierre NOREAU et José WOEHLING (dir.), *Appartenances, institutions et citoyenneté*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 295.

³⁰⁹ Cette nouvelle alliance entre les minorités officielles sert l'unité canadienne. La solidarité dans la francophonie canadienne, associant le Québec et les communautés francophones, ne peut servir ce dessein et peut donc être sacrifiée.

³¹⁰ Stéphanie CHOUINARD, *La question de l'autonomie des francophones hors Québec : Trois décennies d'activisme judiciaire en matière de droits linguistiques au Canada*, thèse de doctorat, Université d'Ottawa, Faculté des Sciences sociales, École d'études politiques, 2016, p. 130.

³¹¹ Pierre FOUCHER, « L'article 23 de la Charte : un compromis audacieux » (1989) *R.J.T.* 220, 225 ; Serge ROUSSELLE, « L'arrêt Charlebois : une décision sans faille en matière de droits linguistiques », (2002) 51 *U.N.B.L.J.* 15, 20.

semblable dans la L.C. 1867. Que faire de ces différences, et d'autres, que ne prennent pas en compte les théories de la conception de la politique linguistique canadienne ?

La même littérature savante ne manque pas d'admettre que les textes qui constituent la politique linguistique canadienne sont imbriqués les uns dans les autres. C'est ainsi que l'incontournable professeur Pierre Foucher a pu dire : « Sans la première disposition [c'est-à-dire 133 de la L.C. 1867], je doute fort que la troisième, l'article 23 [de la *Charte canadienne*, qui prévoit le droit à l'instruction dans la langue de la minorité], eût pu voir le jour »³¹². Il faut donc, selon lui, préserver soigneusement l'article 133 : « on ne peut enlever la fondation sans faire s'écrouler tout l'édifice »³¹³. Un pas de plus et Foucher se prononçait sur l'existence d'une telle chose que l'intention législative sur les langues officielles construite en fonction d'une méthode exposée par Troper.

Quoi qu'il en soit, ces différences sont « cruciale[s] », ou même pertinentes, dans la mesure uniquement où l'on croit l'interprète subordonné à un sens véritable préexistant dans le texte. Au contraire, s'il n'existe aucun sens juridique avant l'interprétation par un juge, ces détails ne deviennent d'aucune façon déterminants. « Après tout, le législateur n'émet que des mots, et il revient aux tribunaux de dire ce qu'ils signifient. »³¹⁴ On y revient donc : ce qui est déterminant, c'est la stratégie qu'adopte le juge.

Dans la jurisprudence étudiée jusqu'ici, plusieurs indices témoignent explicitement de l'utilisation des théories de la conception de la politique linguistique canadienne. Dans l'affaire *Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal*, dont se saisit la Cour supérieure en 1976, le juge Deschênes se revendique directement du mythe de l'égalité dans l'arrière-plan historique qu'il dresse :

Nous vivons en effet un tournant majeur de l'histoire du Canada et du Québec. Il n'y a plus de vainqueurs ni de vaincus, plus de conquis ni de conquérants, mais deux peuples appelés par un accident de l'histoire à partager en permanence un même coin de l'Amérique. Ils possèdent tous deux leurs traditions et leur culture qu'ils sont

³¹² Pierre FOUCHER, « Droits linguistiques à l'image des cercles concentriques », (1992) 41 *U.N.B.L.J.* 171, 175.

³¹³ *Id.*

³¹⁴ Guillaume TOUSSEAU, « Le gouvernement [contraint] des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques – ou l'art partagé de ne pas pouvoir avoir toujours raison », (2012) 55 *Droits* 41, à la page 41.

décidés à préserver. *Tour à tour majoritaires et minoritaires*, ils connaissent la volupté de l'autorité et la crainte de l'intolérance. (italiques ajoutés)³¹⁵

Deux ans plus tard, Deschênes, siégeant au même tribunal, renoue avec le même mythe lorsqu'il justifie le caractère intangible de l'article 133 de la L.C. 1867 afin de donner aux tribunaux le pouvoir de déclarer l'inconstitutionnalité de la loi 101. Dans l'affaire *Blaikie*, il fait parler les « deux principaux protagonistes chez les Canadiens de langue anglaise et de langue française » chacun dans leur première langue³¹⁶. Il s'agit évidemment d'une mise en scène confirmant comme jamais le mythe des deux majorités égales, car Deschênes ne sait probablement pas dans quelle langue Macdonald et Cartier se sont adressés au Parlement ce jour-là. C'est du théâtre, et non de l'histoire. Mais la stratégie convaincra.

Lorsque cette dernière affaire atteint la Cour suprême du Canada en 1979, c'est toujours le mythe de l'égalité qui revient. Le plus haut tribunal se revendique des motifs du juge Deschênes pour les questions « de détails et d'histoire », sans plus³¹⁷, mais ce mythe reste toujours présent du début à la fin. Lors des plaidoiries à l'été 1979, le procureur général du Canada, qui défend l'intangibilité de l'article 133, en fait même le cœur de son argumentation :

C'est en évoquant les premiers jours de la Confédération que le procureur général du Canada a tenté de démontrer hier, devant la Cour suprême, que ce fameux article 133 – qui garantit l'égalité de statut des deux langues devant les parlements et les cours de justice du Canada et du Québec – constitue en quelque sorte une monnaie d'échange entre *deux majorités soucieuses de protéger l'avoir de leurs minorités respectives*. (italiques ajoutés)³¹⁸

Il est vrai, les juges n'ont pas toujours été aussi explicites à cet égard, et ne le seront pas toujours à l'avenir non plus. Mais s'il faut présumer qu'ils sont des acteurs pourvus « d'une rationalité juridique spécifique »³¹⁹, il faut en conséquence comprendre qu'ils adoptent toujours la meilleure stratégie. Et celle-ci, pour être convaincante, exige parfois rationnellement de se voir mise en retrait pour justement mieux convaincre.

³¹⁵ *Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal c. Ministre de l'Éducation du Québec*, [1976] C.S. 430, 435.

³¹⁶ *Québec (Procureur général) c. Blaikie*, [1978] C.S. 37, [1978] n° AZ-78021012, p. 52 (C.S.).

³¹⁷ *Québec (Procureur général) c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, 1027.

³¹⁸ Michel VASTEL, « L'article 133 est inviolable », *Le Devoir*, 13 juin 1979, p. 1.

³¹⁹ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Michel TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 11, à la page 15.

Ainsi, la jurisprudence relative aux droits linguistiques témoigne explicitement, sinon implicitement, de l'utilisation des théories de la conception de la politique linguistique canadienne. C'est comme le fait de décrire des « principes formels ». Michel Troper est d'avis que l'attitude est au moins « implicitement adoptée en fait par les autorités, notamment juridictionnelles, qui se livrent à l'interprétation des Déclarations »³²⁰.

Rappelons que l'on cherche à « démasquer, derrière le voile des apparences du discours judiciaire, la réalité »³²¹. Les motifs d'une décision sont donc nécessairement un habillage des véritables motivations judiciaires. Rien, absolument rien ne garantit que le juge soit effectivement arrivé au résultat qu'il divulgue grâce au raisonnement juridique qui l'accompagne. L'acteur juridique rationnel qu'est le juge peut donc parfois stratégiquement décider de ne laisser qu'implicitement transparaître la stratégie qu'il préconise³²². S'il y avait quelque chose à redire à ce sujet, on ne pourrait alors que revenir aux postulats du réalisme juridiques présentés jusqu'ici.

Le juge est libre, mais comme il œuvre dans un réseau de contraintes, il adopte des stratégies pour préserver son existence institutionnelle. En matière de droits linguistiques, la stratégie est de faire paraître sa décision comme conforme à l'intention législative sur les langues officielles, interprétée pour être convaincante à la lumière des théories de la conception de la politique linguistique canadienne. La stratégie remonte souvent à la surface, très souvent, mais lorsqu'elle n'apparaît pas exactement comme à l'habitude, c'est qu'elle y est implicitement. Car le juge est un acteur rationnel, et il peut parfois être rationnellement plus efficace d'argumenter implicitement.

³²⁰ Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 274.

³²¹ Alexandre VIALA, *L'essentiel de la philosophie du droit*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2017, p. 85.

³²² Véronique Champeil-Desplats et Michel Troper utilisent pour leur part la figure de l'*homo juridicus* afin de rationaliser le comportement du juge et comprendre le « comportement juridique-type ». Elle permet de « dépsychologiser » ou dépersonnaliser « l'étude du processus de décision de l'auteur ». L'*homo juridicus* est un acteur juridique qui fait des choix. Il cherche à défendre sa sphère de compétence, à éviter d'être renversé, à préserver son existence institutionnelle et à maintenir ou optimiser son pouvoir. L'*homo juridicus* comprend le système dans lequel il opère et inscrit sa décision à l'intérieur de ce système. Voir Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Michel TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 11, à la page 15.

Avant de conclure, force est d'admettre que la présence, dans le raisonnement juridique, de théories élaborées pour comprendre la problématique soumise au regard des tribunaux n'est pas un gage d'infailibilité. Michel Troper en est bien conscient. Il la questionne.

Puisque les législateurs n'ont souvent pas lesdites théories sous les yeux au moment de légiférer, n'est-ce pas abandonner l'intention des auteurs du texte au profit de ce que les théoriciens ont voulu leur faire dire que de mettre ces théories devant l'histoire législative ? Troper connaît le risque, mais cette façon de faire comporte selon lui plus d'avantages que d'inconvénients. Les théories circonscrivent le débat. Puis, parlant des législateurs, « l'essentiel [...] est ce qu'ils ont réellement fait, même si c'était à leur insu »³²³.

D'autre part, Troper est conscient des risques d'anachronismes. Lesdites théories peuvent bien nous donner une lecture de l'intention législative fondée sur des concepts qui étaient inexistantes à l'époque où l'on a légiféré. Troper reste prudent : ce type d'anachronismes n'est « nullement illégitime et il semble même inévitable ». Il peut les excuser à la condition suivante : « Permettent-ils ou non de rendre compte, de manière économique, d'une réalité différente de celle pour laquelle ils ont été d'abord pensés ? »³²⁴

La stratégie n'est donc pas infallible, mais elle suffit. Dans le dossier des droits linguistiques, elle permet au juge de protéger et d'accroître le pouvoir de l'institution judiciaire³²⁵. Quoi dire de mieux ? Pour cette raison, elle est constamment reprise. Et elle l'est aussi pour une autre raison : le consensus idéologique qui trône au sommet de l'État canadien.

- L'adhésion à l'institution et l'intériorisation des valeurs canadiennes

La proximité idéologique qui unit en matière de langues officielles les parlementaires fédéraux et les juges de la Cour suprême du Canada est attestée. Même indépendant, le pouvoir judiciaire « a servi d'agent non officiel de la politique linguistique du gouvernement

³²³ Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 65.

³²⁴ *Id.*, p. 66.

³²⁵ Dans une publication traitant de l'utilisation de l'histoire dans l'interprétation des droits linguistiques au Canada, Pierre Foucher observe que « [l]e but n'est pas de faire apparaître la vérité, mais de donner un sens cohérent aux textes » (Pierre FOUCHER, « L'usage limité de l'histoire dans les causes linguistiques devant les tribunaux au Canada », dans Martin PÂQUET et Serge DUPUIS [dir.], *Faire son temps. Usages publics du passé dans les francophonies nord-américaines*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2018, p. 295, à la page 317).

fédéral » (traduction libre)³²⁶. Les études confirmeraient l'existence d'un appui quasi unanime de cette politique auprès de l'élite canadienne. Et aucun parti politique fédéral qui aspire à gouverner le pays ne remet sérieusement ses fondements en question. Dans les circonstances :

il n'est donc pas surprenant que la composition de la Cour suprême, analysée du point de vue des nominations partisans, n'ait généralement pas été un facteur déterminant dans le dossier des droits linguistiques, et les positions exprimées par chaque juge en la matière ne concordent pas exactement avec leurs allégeances libérales ou conservatrices présumées. (traduction libre)³²⁷

Se revendiquer de l'intention législative sur les langues officielles, le juge le fait non seulement parce qu'il y voit l'occasion de protéger et d'accroître son pouvoir, mais il le fait aussi, peut-on désormais croire, parce qu'il y adhère. À partir des années 1960, une nouvelle politique linguistique est adoptée afin de sauver l'unité canadienne. La proximité idéologique qui unit les parlementaires fédéraux et les juges de la Cour suprême du Canada conduit à penser que le pouvoir judiciaire adhère, tout autant que le pouvoir exécutif ou législatif fédéral, à cette politique linguistique comme ingrédient pouvant ressouder le pays. Avec la crise de l'unité canadienne, le Canada joue son avenir politique et la Cour suprême son avenir institutionnel. Le mythe de l'égalité permet de réinventer la politique linguistique et apparaît efficace pour justifier la direction que prend la jurisprudence. À défaut de meilleures stratégies, les hésitants peuvent finir par s'y ranger.

Dominique Schnapper témoigne, dans un ouvrage paru en 2010, des contraintes qui s'exercent sur l'action du Conseil constitutionnel français, une institution de la République appelée notamment à se prononcer sur la constitutionnalité des lois. Elle-même membre de ce Conseil de 2001 à 2010, elle n'hésite pas à reconnaître que le Conseil est contraint par la « place » qu'il occupe dans le système politique français et par ce « qu'impose l'argumentaire juridique »³²⁸. Elle reprend ainsi à son compte les thèses développées par Michel Troper.

Au sujet de la « place » du Conseil, Schnapper croit qu'il est « encore une institution faible et [qu]'il ne peut négliger les conséquences politiques ou économiques de ses décisions ni

³²⁶ C. Michael MACMILLAN et Raymond TATALOVICH, « Judicial Activism vs. Restraint : The Role of the Highest Courts in Official Language Policy in Canada and the United States », (2003) 33 *American Review of Canadian Studies* 239, 245.

³²⁷ *Id.*, 248.

³²⁸ Dominique SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, 2010, p. 354.

leurs effets sur son propre destin »³²⁹. Concernant ce « qu'impose l'argumentaire juridique », elle affirme que c'est par « nécessité juridique » que le Conseil ne peut « échapper à ce que commande l'impératif de respecter la jurisprudence ou de ne la modifier que pour des raisons fortes »³³⁰. Le Conseil constitutionnel français n'est pas la Cour suprême du Canada, évidemment, mais tout laisse croire que le témoignage de Schnapper au sujet du travail du Conseil pourrait aussi être livré, à quelques détails près, par un juge de la Cour suprême du Canada.

Ainsi, bien que le juge soit libre, il ne peut échapper à tout déterminisme. C'est, selon Schnapper, « la logique propre à l'institution qui, comme toute institution, s'impose aux individus »³³¹. Finalement, même le juge le plus hésitant se rangera derrière une stratégie judiciaire éprouvée. « [L]eur adhésion au moins partielle et provisoire à l'institution et l'intériorisation des valeurs républicaines » les conduisent « à admettre, fût-ce parfois avec regret, ce qui leur apparaît comme des arguments juridiques convaincants et à accepter la force du précédent qui assure la sécurité juridique ». Car, « [à] l'exception des personnalités les plus cyniques, on finit toujours par s'identifier peu ou prou à sa fonction »³³².

Pour toutes ces raisons, et pour préserver l'existence institutionnelle du plus haut tribunal, un juge de la Cour suprême du Canada hésitant sur la stratégie à employer en matière de langues officielles pourrait finalement se ranger derrière celle qui est apparue comme la meilleure par ses collègues depuis les débuts. Le juge Dickson a déjà eu cette pensée : « Une page d'histoire peut nous éclairer davantage qu'un traité de logique. »³³³ Le juge est un acteur juridique qui agit dans un réseau de contraintes. La constitutionnalisation de la politique linguistique canadienne en 1982 peut lui être apparue comme un argument supplémentaire sur la bonne stratégie à adopter.

ii) De nouveaux fondements constitutionnels (1982) et un élan judiciaire symétrique

Le troisième événement sur laquelle se construira l'intention législative sur les langues officielles survient en 1982. D'une première mouture parfaitement symétrique (l'accord du

³²⁹ *Id.*

³³⁰ *Id.*

³³¹ *Id.*, p. 356.

³³² *Id.*, p. 357.

³³³ *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284, 299.

5 novembre 1981) à une loi constitutionnelle comprenant une exception (la clause d'adhésion, qui suspend pour le Québec seulement un sous-paragraphe du droit à l'instruction dans la langue de la minorité), tout concours, malgré ce dernier accroc à la structure symétrique, à ce que l'opposition entre le Québec et les minorités françaises se voit renforcée. Absolument rien n'indique que les tribunaux auront avantage à changer de stratégie en matière linguistique (a). Et dans la foulée du rapatriement constitutionnel, les juges poursuivent l'œuvre qu'ils érigent en la matière : l'interprétation est symétrique et la francophonie canadienne se présente divisée devant la Cour suprême. Il y a bien une ouverture pour la prise en compte des particularités de la situation québécoise, une fois, mais que vaut-elle pour la réconciliation du Québec et des francophones minoritaires (b) ?

a) La rédaction des droits linguistiques de la Charte canadienne des droits et libertés de 1982 : enchâsser le cœur de la politique linguistique

Le 14 mai 1980, à six jours du premier référendum sur l'indépendance du Québec, Pierre Elliott Trudeau se présente au Centre Paul-Sauvé, à Montréal, pour prononcer l'un des plus célèbres discours de sa carrière politique. À la tribune, devant des partisans du NON visiblement enthousiastes, il apparaît extrêmement confiant quant au résultat à venir. Il prépare déjà l'après-référendum.

« [Q]u'est-ce qui va arriver dans le cas d'un OUI, comme dans le cas d'un NON ? », demande Trudeau, sur un air qui s'avérera prophétique³³⁴. Car dans sa pensée, poser la question, c'est y répondre³³⁵. « Le gouvernement du Canada, le gouvernement de toutes les provinces se sont déjà exprimés clairement », clame-t-il. Puis il s'avance : « Si la réponse à la question référendaire est NON, nous avons tous dit que ce NON sera interprété comme un mandat pour changer la Constitution, pour renouveler le fédéralisme. (Applaudissements) »

Trudeau veut donc clairement se servir du référendum québécois pour donner un nouvel élan à son projet de rapatriement constitutionnel. Il insiste :

³³⁴ Pierre ELLIOTT TRUDEAU, *Transcription de l'allocution du très honorable Pierre Elliott Trudeau du Centre Paul Sauvé, Montréal, Québec, le 14 mai 1980*, Cabinet du Premier ministre, Ottawa, 1980, Bibliothèque et Archives Canada, en ligne : <<http://www.collectionscanada.ca/premiersministres/h4-4083-f.html>> (consulté le 29 juillet 2019).

³³⁵ Dans ce discours, Trudeau ferme d'avance la porte à toute négociation qui ne porterait pas sur son propre projet de fédéralisme renouvelé, peu importe le résultat du référendum.

Ce n'est pas moi qui le dis tout seul. Ce n'est pas monsieur [Joe] Clarke [chef de l'opposition officielle à Ottawa]. Ce n'est pas monsieur [Ed] Broadbent [chef de la deuxième opposition à Ottawa]. Ce n'est pas seulement les neuf premiers ministres des autres provinces. Ce sont les 75 députés élus par cette province [le Québec] pour aller les représenter à Ottawa... (Applaudissements)... qui disent : un NON, ça veut dire du changement.

Et je sais parce que je leur en ai parlé ce matin à ces députés, je sais que je peux prendre l'engagement le plus solennel qu'à la suite d'un NON, nous allons mettre en marche immédiatement le mécanisme de renouvellement de la Constitution et nous n'arrêterons pas avant que ça soit fait ! (Applaudissements)

Sans détour, il prononce alors les quelques mots que l'histoire retiendra de son discours ; des mots qu'il arguera plus tard avoir voulus sans ambiguïtés, mais qui, étant donné le contexte référendaire dans lequel il les prononce, peuvent à l'époque ne pas avoir eu toute cette prétendue clarté :

Si je m'adresse solennellement à tous les Canadiens des autres provinces, nous mettons notre tête en jeu, nous, députés québécois, parce que nous le disons aux Québécois de voter NON, et nous vous disons à vous des autres provinces que nous n'accepterons pas ensuite que ce NON soit interprété par vous comme une indication que tout va bien puis que tout peut rester comme c'était auparavant. Nous voulons du changement, nous mettons nos sièges en jeu pour avoir du changement ! (Applaudissements)

Le 20 mai 1980, le NON l'emporte avec 59,56 % des voix. René Lévesque, premier ministre du Québec, est battu, et Trudeau reprend immédiatement la main.

Au lendemain même de ce rejet par les Québécois de l'option de la souveraineté-association, le 21 mai, le premier ministre Trudeau, son ministre de la Justice, Monsieur Jean Chrétien et quelques fonctionnaires se réunissent pour établir leur plan d'action pour renouveler la constitution canadienne, tel que promis pendant la campagne référendaire.³³⁶

Que la victoire du NON ait mené le Canada sur cette voie ne surprend pas. C'est « le désir de dérouter le projet d'édification nationale québécois [qui] alimenta une urgence d'agir à l'endroit du rapatriement de la Constitution »³³⁷. N'eût été cette confrontation Québec-Canada, croit le politologue Kenneth McRoberts, peut-être l'entreprise, qui traînait depuis 1927, n'aurait-elle toujours pas abouti à ce jour. « Il se peut même, écrit-il, que nous soyons

³³⁶ Gil RÉMILLARD, « Historique du rapatriement », (1984) 25 *C. de D.* 15, 16.

³³⁷ Kenneth MCROBERTS, « La politique de l'édification nationale », dans François ROCHER et Benoît PELLETIER (dir.), *Le nouvel ordre constitutionnel canadien : du rapatriement de 1982 à nos jours*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2013, p. 99, à la page 105.

toujours en attente du moment où la Constitution canadienne ne serait plus une loi du Parlement britannique et pourrait être amendée au Canada. »³³⁸

L'importance de l'homme qui porte le projet n'est pas non plus à sous-estimer. McRoberts souligne que le rapatriement n'intéressait personne avant l'arrivée de Trudeau au pouvoir, sauf des experts discutant dans des cercles restreints. C'est lui « qui transforma ces discussions et créa un mouvement populaire » rendant le projet politiquement possible. Ce faisant, « le rapatriement est indissociable de Trudeau », et « la forme qu'a prise le rapatriement est inséparable de l'homme politique et de sa conception de la nation canadienne »³³⁹. Ainsi, si les droits linguistiques prennent autant d'importance dans le projet, c'est parce qu'ils sont « des outils centraux de la stratégie de Trudeau »³⁴⁰.

Le 20 mai 1980, le NON l'emporte. L'actualité politique de l'été et de l'automne 1980 est dominée par des controverses constitutionnelles. D'abord, la résistance au projet est forte à Québec et dans la plupart des autres capitales provinciales. Elle tient même le coup pendant plus d'un an. Mais, confrontées à l'éminence d'un rapatriement unilatéral, à l'automne 1981, neuf provinces se rallient au gouvernement Trudeau en échange de quelques concessions. Le Québec se retrouve isolé. L'accord du 5 novembre 1981 cautionne la construction de droits

³³⁸ *Id.*, à la page 100.

³³⁹ *Id.*, à la page 101.

³⁴⁰ *Id.*, à la page 105. Que les droits linguistiques constitutionnels soient d'abord rattachés à la conception que s'en fait Trudeau ne fait pas débat (Gérald-A. BEAUDOIN, « Le fédéralisme canadien et les droits linguistiques », dans André BRAËN, Pierre FOUCHER et Yves LE BOUTHILLIER [dir.], *Langues, constitutionnalisme et minorités*, Markham, LexisNexis, 2006, p. 275, aux pages 275 et 276 ; Luisa DOMENICHELLI, *Constitution et régime linguistique en Belgique et au Canada*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 103 ; Matthew HAYDAY, *Bilingual Today, United Tomorrow : Official Languages in Education and Canadian Federalism*, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2005, p. 44 ; James B. KELLY, « Les limites de la mobilisation judiciaire : Alliance Québec, la *Charte de la langue française* et la *Charte canadienne des droits et libertés* », dans François ROCHER et Benoît PELLETIER [dir.], *Le nouvel ordre constitutionnel canadien : du rapatriement de 1982 à nos jours*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2013, p. 205, à la page 205 ; Michael MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, traduit de l'anglais par Hervé Juste, Montréal, Boréal, 1996, p. 49 ; Dyck RAND, *Canadian Politics : Critical Approaches*, 3rd Ed., Scarborough, Nelson Thomson Learning, 2000, p. 442). Il y a une exception : Graham FRASER, « The *Official Languages Act : Past, Present, and Future* », dans Jack JEDWAB et Rodrigue LANDRY (dir.), *Après quarante ans : les politiques de langue officielle au Canada*, Montréal/Kingston, McGill-Queen's University Press, 2011, p. 235, à la page 237. À noter aussi qu'il peut parfois être justifié d'accorder toute l'importance à la pensée d'un seul homme pour comprendre tout un phénomène. C'est ce que fait par exemple le sociologue Fernand Dumont lorsqu'il propose d'étudier toute une utopie véhiculée au Québec durant les années 1850 à partir de l'œuvre d'Étienne Parent : Fernand DUMONT, *Genèse de la société québécoise*, Montréal, Boréal, 1993, p. 253.

linguistiques symétriques dont la conséquence est, comme elle l'exprime elle-même clairement, la division de la francophonie canadienne.

L'idéal reste toutefois de trouver un terrain d'entente avec le gouvernement québécois ; l'isolement de la seule province francophone comporterait un coût politique. Le gouvernement fédéral reçoit donc des autres provinces le mandat de poursuivre les négociations avec le gouvernement du Québec afin d'éviter l'exclusion de celui-ci. À la suite de pourparlers avec Claude Ryan, le chef de l'opposition officielle à l'Assemblée nationale, le gouvernement Trudeau décide d'ajouter une exception à la symétrie parfaite des droits linguistiques. Mais c'est trop peu. Et le mouvement est déjà très puissant. Avec cette seule exception, rien ne permet de croire que les juges pourraient vouloir changer de stratégie.

- Reprise des discussions pour enclencher unilatéralement le processus

Le lendemain du référendum, Trudeau confie à Chrétien le mandat de rendre visite aux premiers ministres provinciaux afin de préparer la reprise des discussions constitutionnelles. La première rencontre fédérale-provinciale a lieu le 9 juin 1980 à la résidence du premier ministre canadien. Il s'agit d'établir un plan de travail pour la suite. Le premier point à l'ordre du jour concerne les droits linguistiques : « Que là où leur nombre le justifie ; les minorités françaises hors Québec et les minorités anglaises du Québec se voient garantir le droit à l'éducation dans leur propre langue » (traduction libre)³⁴¹. La prochaine rencontre est fixée pour le 8 septembre 1980.

Durant l'été, les ministres provinciaux chargés des affaires constitutionnelles cherchent les points qui font consensus. Les premiers ministres des provinces y travaillent ensuite encore plus concrètement du 20 au 24 août lors d'une rencontre qui les réunit à Winnipeg, au Manitoba. C'est durant cette rencontre qu'apparaît la première version de ce qui deviendra la *Charte canadienne des droits et libertés*. Soumise aux dix provinces par le gouvernement fédéral, elle porte le titre « Discussion Draft » et la mention « Confidential ». Cette première ébauche veut servir de base aux discussions. Des droits linguistiques symétriques concernent les « citoyens canadiens membres d'une minorité anglophone ou francophone d'une

³⁴¹ Gil RÉMILLARD, « Historique du rapatriement », (1984) 25 *C. de D.* 15, 68.

province », donc prévus dans des termes très larges, « beaucoup plus larges » que ceux qui seront par la suite retenus (traduction libre)³⁴².

Une fuite de documents secrets du gouvernement fédéral vient toutefois bouleverser la rencontre des provinces. On y apprend que la possibilité d'un rapatriement unilatéral, donc sans l'accord des provinces, est discutée au bureau du premier ministre du Canada advenant que la rencontre de septembre 1980 se solde par un échec. La tension monte. « Sommé de s'expliquer, le ministre fédéral de la Justice Jean Chrétien refuse de renoncer à un rapatriement unilatéral. »³⁴³

Quoi qu'il en soit, la rencontre fédérale-provinciale s'ouvre, comme convenu, le 8 septembre. Mais les discussions cèdent rapidement le pas à l'affrontement. Une majorité de provinces, à l'initiative du Québec, s'entendent sur une contre-proposition à celle soumise précédemment par le gouvernement fédéral³⁴⁴. Elle est communiquée au premier ministre Trudeau le 11 septembre, qui la rejette immédiatement. La rencontre est un échec.

Le gouvernement fédéral décide alors d'enclencher unilatéralement le processus de rapatriement constitutionnel. Le 6 octobre 1980, le projet de *Résolution portant sur une adresse commune des deux chambres du Parlement du Canada à Sa Majesté la Reine concernant la constitution du Canada* est déposé à la Chambre des communes, à Ottawa. Les débats parlementaires qui construisent l'intention législative sur les langues officielles de 1982 y trouvent leur point de départ.

- Présentation de droits linguistiques symétriques à la Chambre des communes

Chrétien dit avoir d'abord refusé l'offre de Trudeau. Après l'élection fédérale du 18 février 1980, celle qui remet le Parti libéral du Canada aux commandes du pays, Trudeau lui offre

³⁴² Robin ELLIOT, « Interpreting the Charter – Use of the Earlier Versions as an Aid », (1982) *U.B.C. L. Rev.* 11, 14 et 46. Il y est largement question des « membres d'une minorité », sans égard à la langue maternelle ou même à la langue d'usage des citoyens visés.

³⁴³ Gil RÉMILLARD, « Historique du rapatriement », (1984) 25 *C. de D.* 15, 69.

³⁴⁴ La contre-proposition prévoit un nouvel « enchâssement de la Cour suprême dans la constitution. Cette dernière voit le nombre de ses juges passer de neuf à onze. Le Québec a cinq juges et l'alternance entre francophones et anglophones pour la nomination du juge en chef est consacrée constitutionnellement. Les juges sont nommés après consultation et consentement des provinces, sans mécanisme d'arbitrage. » Elle « comprend aussi l'abolition de l'article 96 de l'A.A.N.B. de 1867 qui donne compétence au fédéral pour nommer les juges des cours supérieures ». Le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité devient quant à lui une préoccupation sujette à ententes entre les provinces, un mécanisme qui épargne la loi 101 de toute attaque constitutionnelle. Un préambule prévoit la spécificité du peuple québécois : *Id.*, 72 et 73.

« de devenir ministre de la Justice, avec le mandat particulier d'unir et de diriger les forces fédérales dans la campagne référendaire qui approchait »³⁴⁵.

Dans ses mémoires, Chrétien indique avoir été hésitant. Il lui répond qu'il préférerait se retrouver aux Affaires extérieures. Mais, pour éviter de déplaire à Trudeau, il le relance avec cette question : « Pourquoi ne feriez-vous pas pour moi ce qu'un grand frère ferait pour son petit frère ? » Trudeau aurait alors insisté : « Très bien. Je te nomme ministre de la Justice, procureur général du Canada, ministre d'État pour le Développement social, et je te charge des troupes fédérales pour le référendum. J'espère que le petit frère ne dira pas que son grand frère n'a pas confiance en lui ! » Dès ce moment, et pour les années à venir, Chrétien devient un acteur de premier plan : « J'acceptai et je devins dès lors le franc-tireur de Pierre Trudeau. »³⁴⁶

Le 6 octobre 1980, Chrétien présente le projet de résolution à la Chambre des communes³⁴⁷. S'il devait être voté, avec l'accord subséquent du Royaume-Uni, le rapatriement deviendrait une réalité : le Canada serait enfin habilité à modifier lui-même sa propre constitution (selon la formule d'amendement retenue) et le pays serait doté d'une charte des droits.

Le projet de Charte qui l'accompagne – depuis la reprise des discussions suivant la victoire du NON au référendum québécois, il s'agit de la deuxième version de la Charte – constitue la première version à être rendue publique. Les droits linguistiques y sont toujours rédigés de façon symétrique, mais dans des termes plus stricts que ceux utilisés dans l'ébauche du mois d'août précédent³⁴⁸. Dans ses mémoires, Chrétien confirme être à ce moment aussi préoccupé par les langues officielles que Trudeau : « Ma première préoccupation était de garantir les

³⁴⁵ Jean CHRÉTIEN, *Dans la fosse aux lions*, nouvelle édition augmentée, Montréal, Éditions de l'Homme, 1994, p. 131.

³⁴⁶ *Id.*, p. 132.

³⁴⁷ Jusqu'à ce que l'accord du 5 novembre 1981 soit signé, c'est Chrétien qui occupe les devants de la scène, Trudeau restant effacé.

³⁴⁸ Robin ELLIOT, « Interpreting the Charter – Use of the Earlier Versions as an Aid », (1982) *U.B.C. L. Rev.* 11, 14 et 46. La version d'octobre 1980 confère des droits scolaires aux « citoyens canadiens dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province ». Ce ne sont donc plus généralement les « citoyens canadiens membres d'une minorité » qui sont visés, mais uniquement ceux qui s'y rattachent de par leur langue maternelle. Un deuxième paragraphe prévoit aussi dorénavant la continuité d'emploi de la langue d'instruction pour les enfants advenant un déménagement d'une province à l'autre.

droits linguistiques des minorités dans tout le pays, plus particulièrement ceux des francophones en dehors du Québec et des anglophones au Québec. »³⁴⁹

Lors de ce discours de présentation, qui annonce la création prochaine d'un comité d'étude spécial, deux thèmes remontent à la surface au sujet des droits linguistiques.

D'une part, Chrétien tente déjà ouvertement de mettre en opposition les intérêts du Québec et ceux des minorités françaises, en interpellant directement l'organisme porte-parole principal de ces dernières, qui pourtant ne demande pas à jouer dans ce film. « Je fais tout particulièrement appel à la Fédération des francophones hors Québec pour qu'elle exerce des pressions auprès du premier ministre du Québec afin qu'il ne s'oppose plus à une proposition qui n'a jamais si bien protégé les droits des minorités francophones partout au Canada », dit-il à la Chambre des communes le 6 octobre 1980³⁵⁰.

D'autre part, il confirme par la même occasion que les droits linguistiques prévus dans la *Charte canadienne* sont rédigés de façon symétrique, c'est-à-dire qu'ils prévoient des garanties réciproques :

les droits fondamentaux des Canadiens seront protégés dans la Constitution canadienne ainsi que le droit pour les francophones hors Québec, de recevoir enfin leur éducation en langue française, chose qu'ils n'ont pas pu obtenir dans l'histoire du passé. [...] [N]ous donnerions *en même temps la même chose* aux anglophones du Québec. (italiques ajoutés)³⁵¹

Le débat qui précède la création du comité spécial se déroule sur plusieurs jours. Les deux thèmes que prend soin d'aborder Chrétien reviennent de façon récurrente.

Le 7 octobre, par exemple, Pierre De Bané, ministre de l'Expansion économique régionale, aborde la position du gouvernement du Québec sur les droits linguistiques en déclarant à la Chambre des communes qu'il a « rarement vu pareille trahison ». Il ajoute, comme pour confirmer que Québec se trouve piégé : « Et je me dis que cette trahison a été commise par un gouvernement qui ose se présenter comme le protecteur et le porte-parole des positions traditionnelles du Québec. »³⁵² Il partage aussi ses « regrets » à voir le premier ministre

³⁴⁹ Jean CHRÉTIEN, *Dans la fosse aux lions*, nouvelle édition augmentée, Montréal, Éditions de l'Homme, 1994, p. 152.

³⁵⁰ DÉBATS DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, 32^e légis., 1^{re} sess., vol. 3, Ottawa, 1980-1981, p. 3286.

³⁵¹ *Id.*, p. 3288.

³⁵² *Id.*, p. 3342.

Lévesque ne pas insister pour que l'Ontario soit soumis, comme le Québec, aux dispositions de l'article 133 de la L.C. 1867.

Autre exemple : le 8 octobre, Serge Joyal, secrétaire parlementaire du président du Conseil du Trésor (Joyal coprésidera le comité d'étude spécial sur le rapatriement créé au terme du débat), parle du droit à l'instruction dans la langue de la minorité en disant qu'il s'agit de garantir la « réciprocité »³⁵³.

Même qu'il ne pourrait en être autrement. Le lendemain, 9 octobre, Joyal confirme que le droit à l'instruction en français hors Québec et le droit à l'instruction en anglais au Québec sont conçus conjointement :

Lorsque nous avons eu à réfléchir sur la façon dont nous allions assurer le droit des francophones hors Québec d'envoyer les enfants à l'école française, *il nous fallait, dans le même processus*, nous demander comment nous allions permettre à la minorité anglaise qui s'établit au Québec ou qui vit au Québec d'inscrire ses enfants à l'école de son choix ou à l'école anglaise. (italiques ajoutées)³⁵⁴

Cette déclaration n'est pas sans rappeler la posture toute canadienne selon laquelle seule une « solution à une règle unique » peut être conçue en matière linguistique. Ce 9 octobre, Joyal reprend également à la Chambre des communes des mots qui font écho au mythe de l'égalité : « c'est cela le fondement du Canada. C'est l'engagement de tous les citoyens à défendre exactement *le même contenu de droits*, quelle que soit la province, quelle que soit la région » (italiques ajoutées)³⁵⁵.

Ainsi, la présentation du projet de Charte ne fait aucune place à des discussions sur le pouvoir réel de l'une et l'autre des langues officielles. Lorsqu'on parle d'égalité, c'est pour dire qu'on les met sur le même pied, formellement. Après sa présentation, le *Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada* est créé. Il se réunit pour la première fois le 6 novembre 1980.

- Construction de droits linguistiques symétriques devant le comité d'étude

³⁵³ *Id.*, p. 3413.

³⁵⁴ DÉBATS DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, 32^e légis., 1^{re} sess., vol. 4, Ottawa, 1980-1981, p. 3556.

³⁵⁵ *Id.*, p. 3557. Les députés d'arrière-ban affirment également qu'il s'agit d'enchâsser des droits symétriques (voir par exemple Yvon Pinard, le 15 octobre 1980 [*id.*, p. 3705] ; Herb Breau, le 23 octobre 1980 [*id.*, p. 4011]). Aucun parlementaire ne prétend le contraire.

Le comité d'étude reçoit le mandat de « faire des recommandations dans son rapport quant à l'opportunité, pour les deux Chambres du Parlement, de présenter à Sa Majesté cette adresse, modifiée, le cas échéant ». Il est composé de 10 sénateurs et 15 députés, majoritairement affiliés au Parti libéral du Canada (sur 25 membres, 15 sont libéraux, 8 du Parti progressiste-conservateur et 2 du Nouveau Parti démocratique)³⁵⁶. La population canadienne est invitée à présenter ses vues par écrit. Des témoins sont invités à comparaître. Les délibérations sont diffusées à la radio et à la télévision.

Des questions concernant le droit à l'instruction dans la langue de la minorité sont soulevées dès le 7 novembre, lors de la comparution du premier témoin, le ministre Chrétien. Jean Lapierre, aujourd'hui connu pour avoir été chroniqueur politique, mais à l'époque simple député libéral représentant une circonscription du Québec, veut savoir si le gouvernement a les idées arrêtées à son sujet, ou si des amendements peuvent être véritablement envisagés. Car la forme qu'il prend dans le projet de Charte crée la controverse un peu partout au Canada.

Au Québec, il est évidemment vécu comme un affront à la compétence de la province en matière d'éducation (jusque-là, les provinces sont seules compétentes sur la question de la langue d'enseignement ; enchâsser dans la Constitution un droit à l'enseignement dans la langue de la minorité viendrait limiter cette compétence). Chez les minorités françaises, on craint surtout qu'il soit souvent inapplicable considérant qu'il est rattaché à la condition du nombre suffisant (le droit envisagé ne peut être revendiqué que là où le nombre d'enfants titulaires du droit justifie l'offre de l'enseignement en français ; cette condition peut finalement devenir un prétexte à l'inaction gouvernementale là où les communautés françaises sont peu peuplées ou dispersées sur le territoire). Et dans l'Ouest canadien, il existe toujours des réticences à l'octroi de droits en faveur de la langue française ; c'est comme ça dans cette région depuis le début des discussions sur les langues officielles durant les années 1960.

³⁵⁶ La composition du comité confirme l'importance qu'il faut accorder aux propos tenus par des libéraux lors des délibérations, et particulièrement ceux de Jean Chrétien. Au terme de ses travaux, de nombreuses modifications sont apportées au projet initialement soumis. Toutes les propositions d'amendements soumises par des libéraux, au nombre de 58, sont adoptées par le comité, sans exception. Des 65 propositions provenant de membres affiliés aux deux autres partis politiques, 9 seulement sont adoptées.

Chrétien répond qu'il est ouvert aux suggestions : « Si quelqu'un veut me suggérer des meilleures solutions à ce que nous avons, en termes de texte constitutionnel, tant mieux ! Mais, c'est très difficile, parce que... Que voulez-vous... »³⁵⁷ Et il énonce alors le cadre à l'intérieur duquel les propositions d'amendements devront se situer, à défaut de quoi les membres du comité siégeant au nom du parti gouvernemental opposeront leurs votes.

Par exemple, Chrétien indique que le droit doit être, justement, un droit ; qu'il n'est pas question d'écrire des principes à partir desquels les provinces pourraient opérer en toute liberté. Car trop de marge de manœuvre, comme c'est le cas sans *Charte canadienne*, et c'est la figure d'un Maurice Duplessis (un ancien premier ministre québécois qui agit toujours comme repoussoir dans la culture populaire) qui guette le pays. Chrétien témoigne : « des gouvernements à privilèges... je n'aime pas bien cela ! J'aime mieux les gouvernements qui donnent des droits. Quand j'étais étudiant, on avait un gouvernement, à Québec, qui était fort sur les privilèges. Et, j'aime mieux que les droits des citoyens soient protégés »³⁵⁸.

Le ministre démontre à cette occasion, dès sa première comparution, qu'il adhère au projet que Trudeau a pour le Canada depuis ses premiers écrits, la publication de l'ouvrage *Le fédéralisme et la société canadienne-française* et l'adoption de la *Loi sur les langues officielles*. Il veut favoriser la mobilité interprovinciale, combattre la territorialisation des langues, etc.³⁵⁹. Chrétien est bien conscient de l'importance du rôle qu'il joue à ce moment, tel qu'il le confie dans ses mémoires : « je savais aussi que tout ce que je disais au Comité pouvait éventuellement être utilisé par les tribunaux dans leurs délibérations futures sur la Constitution »³⁶⁰.

Le ministre de la Justice revient témoigner les 12 et 13 novembre. La facture du droit proposé est constamment critiquée. Le gouvernement défend un droit qu'il veut fondamental, mais le

³⁵⁷ PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 2, 1980 et 1981, p. 41.

³⁵⁸ *Id.*

³⁵⁹ Au cœur des discussions sur le rapatriement, Chrétien se dit en phase avec la pensée de Trudeau : « j'ai bien rarement téléphoné à Pierre Trudeau ; je me fiais à mon jugement et à mon interprétation de sa pensée. Je croyais savoir ce qu'il voulait ». Il ajoute, toujours dans ses mémoires : « J'ai toujours été agréablement surpris de la grande confiance qu'il m'accordait. » (Jean CHRÉTIEN, *Dans la fosse aux lions*, nouvelle édition augmentée, Montréal, Éditions de l'Homme, 1994 : p. 157.)

³⁶⁰ *Id.*, p. 168.

projet rattache son application à de multiples conditions qui rendent sa rédaction clairement inhabituelle pour une charte des droits.

Pour pouvoir s'en revendiquer, il faut notamment être citoyens canadiens, être de langue maternelle anglaise ou française et résider dans une province où l'une ou l'autre de ces langues est la langue de la minorité. De plus, il ne concerne que l'école primaire et secondaire et trouve application uniquement là où le nombre d'enfants qui remplissent ces conditions est suffisant. Le droit à l'instruction dans une langue officielle ou dans l'autre est ajouté à la suite d'autres droits fondamentaux (la liberté d'expression, la liberté de conscience, etc.), mais, si ces autres droits étaient semblablement reconnus avec conditions (rattachés, par exemple, à la condition du nombre suffisant), il serait difficile de prétendre qu'ils sont fondamentaux.

Le 12 novembre, Eymard Corbin, un député libéral d'une circonscription située au Nouveau-Brunswick, croit que le projet fait exactement ce que Trudeau se défendait de faire, soit « troquer des droits contre des puits de pétrole ». « [J]'ai l'impression qu'au niveau de ces droits on a effectivement procédé à du “horse trading” », accuse Corbin. Selon lui, tout indique qu'ils sont d'abord le fruit d'un marchandage « entre le Québec et les autres provinces du Canada et entre les autres provinces pour ce qui concerne le français et le Québec »³⁶¹.

En réponse, Chrétien ne dément pas que le projet puisse proposer que ce qu'il soit politiquement possible d'imposer. Il répétera à quelques reprises, tout au long des travaux du comité, qu'il aurait souhaité enchâsser dans la Constitution le droit pour tous les parents de choisir librement la langue d'enseignement de leurs enfants, français ou anglais, partout. Bien que le projet ne soit pas exactement ce qu'il aurait voulu, reste qu'il mérite d'être défendu, plaide-t-il, car il attaque « le problème primordial qui devait être réglé », à savoir la question des droits linguistiques. En plus, il offre « l'égalité », entendue évidemment au sens symétrique.

³⁶¹ PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 3, 1980 et 1981, p. 16 et 17.

Chrétien ne le croit donc pas moins noble. Le projet donne « l'égalité des droits en matière d'éducation aux francophones qui vivent hors Québec, le droit à l'éducation en langue française et *la même chose* qui est *le droit équivalent* pour la minorité anglophone qui se trouve au Québec » (italiques ajoutés). Dans les circonstances, la facture ne le gêne pas : « Nous avons voulu avoir un texte qui donne exactement l'égalité, aussi bien au Québec qu'à l'extérieur du Québec. »³⁶²

Corbin se désole d'y voir une « espèce de troquage ou négociation ou d'accommodement bilatéral entre provinces ». Mais Chrétien le rassure. Le projet propose toujours l'égalité, ou la symétrie, car pour Chrétien l'égalité ne peut être que symétrie. Et à l'avenir, les tribunaux l'interpréteront dans une logique de réciprocité :

Avec le mécanisme que nous avons développé, monsieur Corbin, c'est que les tribunaux pourront *interpréter la situation au Canada anglais en fonction de la situation au Québec*, et plus le Québec sera généreux pour la minorité anglophone, plus les cours pourront se servir du précédent québécois pour imposer des critères pour la minorité francophone hors Québec. (italiques ajoutés)³⁶³

Corbin se dit immédiatement « content » de l'entendre ainsi. La Charte veut donner aux minorités françaises les droits qu'elle consacre pour la communauté anglo-québécoise, et vice versa. Et par interprétation, puisque la Charte est appelée à évoluer, plus les droits des uns progresseront, plus les droits des autres progresseront aussi, réciproquement. « C'est bien ce que le ministre a dit ? », de demander à nouveau Corbin. « Oui, de répondre Chrétien, si j'étais l'avocat des francophones hors Québec, ça serait le premier témoin que je ferais entendre à la magistrature, le traitement des anglophones au Québec. »³⁶⁴

Le fait que la *Charte canadienne* soit appelée à intervenir dans les champs de compétence des provinces pour, dans le cas précis du Québec, attaquer la loi 101, n'échappe à personne. Chrétien est à quelques reprises sommé de justifier l'entreprise, notamment par Martial Asselin, un ancien élu du Parti progressiste-conservateur qui siège à ce moment au Sénat pour représenter une division sénatoriale québécoise.

³⁶² *Id.*, p. 17.

³⁶³ *Id.*

³⁶⁴ *Id.*, p. 18.

L'une des justifications utilisées par Chrétien est que la *Charte canadienne* ne fera qu'enchâsser dans la Constitution ce que Québec souhaite obtenir par la négociation, soit des accords de réciprocité avec les autres provinces. Le 12 novembre, Chrétien s'exprime de la façon suivante : « au cours de la conférence de cet été [1980], à combien de reprises ai-je entendu les représentants du Québec disant nous espérons que les provinces anglaises fassent pour les francophones ce que, nous, nous faisons pour les anglophones du Québec ». Il poursuit : et « c'est exactement ce que nous mettons dans la Constitution à l'heure actuelle », « [n]ous donnons aux Canadiens d'expression française en dehors du Québec *les mêmes droits* qu'on dit : que les Québécois anglophones ont à l'heure actuelle » (italiques ajoutés)³⁶⁵.

Le ministre reviendra sans arrêt sur cette réciprocité. Il s'agit de l'argument massue du débat sur le droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Sans exagérer, il est à se demander comment ce droit aurait pu être défendu sans l'intention symétrique.

Chrétien y revient encore, toujours le 12 novembre : la Charte va « donner à la minorité française de l'Ontario des droits constitutionnels à l'éducation en langue française, et, à tous les francophones hors Québec, et *les mêmes droits* seront donnés aux anglophones au Québec » (italiques ajoutés)³⁶⁶. La logique est implacable. Qui peut oser dire que le contexte nord-américain exige peut-être des protections supplémentaires pour le français, ou même la reconnaissance de la spécificité québécoise ?

Il est vrai, le rapatriement ne doit pas changer le fait qu'il revient aux provinces de légiférer en matière d'éducation. Même avec une charte canadienne, il y aura donc au Canada inévitablement autant de régimes scolaires qu'il y a de provinces. N'est-ce pas là un gage d'asymétrie ? Ne peut-on pas alors imaginer un espace pour la prise en compte de la nécessité de protéger davantage le français en contexte nord-américain ?

Chrétien sait que l'éducation est de compétence provinciale. S'il ne cherche pas à changer ce fait, il indique que chaque province devra à l'avenir se soumettre à des critères de

³⁶⁵ *Id.*, p. 55.

³⁶⁶ *Id.*, p. 57.

raisonnabilité. Et la raisonnabilité, selon Chrétien, ne peut être pensée que d'un point de vue symétrique.

Ainsi, le projet de Charte donne des droits aux minorités françaises. Par la même occasion, il donne les mêmes droits à l'anglais au Québec. Réunissant ce qui est donné d'un côté et offert en échange de l'autre, il n'est pas question de prendre en compte la précarité du français en Amérique ou la spécificité québécoise par la porte d'en arrière. Lorsque les droits des uns progresseront grâce à l'interprétation judiciaire, de répéter Chrétien à la fin de son témoignage, le 12 novembre, ils progresseront réciproquement aussi pour les autres. Il explique longuement le projet :

[I]l se peut que, comme je l'ai dit souvent, on tienne compte des autres situations prévalant au Canada, ce que les tribunaux feront, parce que s'il est raisonnable pour le gouvernement de Québec d'ouvrir une école à Trois-Rivières pour 200 anglophones, par exemple, il sera très difficile de ne pas faire de même pour 200 enfants francophones à Charlottetown [capitale de l'Île-du-Prince-Édouard].

Supposons que, pour une raison ou pour une autre, on décide que le critère soit de 300 au lieu de 200, les tribunaux devront décider si c'est raisonnable ou pas, parce qu'ils devront analyser pourquoi à Trois-Rivières on est arrivé à cette conclusion.

Cependant, comme je l'ai dit précédemment, *plus les anglophones seront bien traités au Québec, plus les francophones seront bien traités en dehors du Québec, et vice versa*, parce que les normes se feront concurrence d'une province à l'autre et parce que les critères seront établis en tenant compte de situations raisonnables. (italiques ajoutés)³⁶⁷

C'est le mythe de l'égalité exprimé en temps réel. Comme il y a deux majorités et deux minorités, les contextes sont interchangeable et il y a lieu d'appliquer la même solution partout. Chrétien l'envisage de cette façon. Il multiplie les exemples :

J'ai appris par exemple que dans certaines régions du Québec le gouvernement provincial déploie d'immenses efforts pour organiser le transport des élèves même jusqu'à des points très éloignés pour s'assurer que leur nombre justifie qu'ils reçoivent un enseignement en anglais. [...]

Le même problème peut se poser n'importe où au Canada, mais à l'inverse, pour les francophones.³⁶⁸

³⁶⁷ *Id.*, p. 67.

³⁶⁸ *Id.*

Si la précarité du français et la spécificité québécoise sont des évidences en certains lieux, elles ne semblent pas l'être devant le comité mixte spécial sur la Constitution du Canada. Ce n'est du moins vraiment pas ce qui retient l'attention du ministre.

Partout, Chrétien rappelle qu'il s'agit d'une intervention symétrique. Le 13 novembre, il confirme : « ce que nous recherchons c'est de donner aux francophones hors Québec à peu près l'équivalent de ce que les Anglophones ont ou avaient au Québec autrefois »³⁶⁹. Donc, dans une logique de réciprocité, Chrétien rappelle que « le mieux sera traitée la minorité anglaise au Québec, constitutionnellement, le mieux seront les francophones hors Québec »³⁷⁰.

La réciprocité est une façon de justifier l'intervention de la Charte dans les champs de compétence des provinces. On dit en substance qu'il n'y a pas de quoi crier à l'injustice puisque tous les partenaires de la fédération sont traités dans la même façon. Mais la réciprocité est également une façon de rappeler que l'intervention doit être contenue dans certaines limites. L'intervention en faveur des minorités françaises ne peut être illimitée puisqu'autrement l'intervention en faveur des Anglo-Québécois le sera tout autant.

Lorsqu'il est suggéré de constitutionnaliser le droit des minorités françaises à leurs commissions scolaires, c'est grâce à cette rhétorique que Chrétien peut freiner les ardeurs. Le 13 novembre, toujours, il répond que ce droit à des commissions scolaires « serait une invasion massive du gouvernement fédéral en matière d'éducation dans les provinces anglophones et la conséquence de cela serait probablement l'invasion massive du gouvernement fédéral en matière d'éducation au Québec ». Pourquoi ? Parce que, comme l'indique Chrétien, il « serait difficile de faire quelque chose dans une partie du Canada et ne pas le faire au Québec »³⁷¹.

Selon Chrétien, la réciprocité qui fonde les droits linguistiques va jusque dans l'interprétation qu'en feront par la suite les tribunaux. Quelques minutes plus tard, il est interrogé sur

³⁶⁹ PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 4, 1980 et 1981, p. 21.

³⁷⁰ *Id.*

³⁷¹ *Id.*, p. 22.

l'application du critère du nombre suffisant. Voici ce que précise Chrétien : « Quels seront les critères dont les tribunaux pourront se servir ? Bien, ce seront les critères de ce qui se passe ailleurs au Canada. Que voulez-vous ? Ils iront voir quelle est la situation des Francophones et des Anglophones, situation minoritaire aussi bien au Québec qu'au Nouveau-Brunswick. »³⁷²

Dans de telles circonstances, n'enchâsse-t-on pas dans la Constitution de nouveaux éléments susceptibles d'opposer une nouvelle fois le Québec et les minorités françaises ? Si on donne aux minorités françaises les droits qui sont offerts en même temps à la communauté anglo-québécoise, si les droits des uns et des autres sont appelés à évoluer dans une logique réciproque, n'est-il pas écrit d'avance que c'est l'opposition du Québec et des minorités françaises qui est programmée ?

À partir du 14 novembre 1980, et jusqu'au 9 janvier 1981, le comité entend des groupes et des particuliers, dont plusieurs soumettent des observations précisément sur la question des droits linguistiques. De nombreux mémoires sont également déposés³⁷³. En gros, la francophonie canadienne met en garde le gouvernement : le projet de Charte aura pour effet d'opposer le Québec et les minorités françaises.

- Conséquence : division de la francophonie canadienne en spectacle

Le sujet des droits linguistiques est entamé en force. Dès le 19 novembre 1980, l'intervention conjointe du Conseil des minorités du Québec (qui a pour président Eric Maldoff, membre fondateur et premier président d'Alliance Québec en 1982, un groupe de pression anglo-québécois) et de l'Association canadienne-française de l'Ontario (l'ACFO) conforte l'un des aspects du plan qu'a Trudeau pour souder l'unité canadienne. En effet, de nouvelles alliances se forment entre les minorités linguistiques anglophone et francophone. Elles défendent ensemble des droits linguistiques plus larges que ce que prévoit le projet de Charte, toujours dans une logique symétrique³⁷⁴.

³⁷² *Id.*, p. 30.

³⁷³ Bibliothèque et Archives Canada, à Ottawa, conserve tous ces mémoires.

³⁷⁴ Les quelques organismes qui sont intervenus pour défendre les droits linguistiques de la communauté anglo-québécoise sont ceux qui ont le plus insisté sur l'importance de la symétrie. Par exemple, le 18 novembre, le Comité d'action positive (l'un des organismes ayant permis la création d'Alliance Québec en 1982) indique qu'il prône « l'enchâssement des droits pour toutes les minorités francophones et anglophones

Jean Lapierre, député libéral, s'en réjouit : « Messieurs, je suis très heureux de voir votre union aujourd'hui qui confirme que ce qui est bon [pour les uns l'est tout autant] pour les autres et qui fait aussi la démonstration que notre projet peut unir plutôt que diviser. »³⁷⁵ Il poursuit avec le même enthousiasme : « De plus, la réciprocité tacite de votre présentation me plaît et constitue, à mon point de vue, un pas en avant vers un traitement égal et juste des minorités à travers le pays. »³⁷⁶

Mais face à la revendication d'un « droit absolu » d'accès à l'enseignement en anglais ou en français (en remplacement du critère du nombre suffisant) et d'un droit constitutionnel à des commissions scolaires pour les minorités linguistiques, le sénateur Asselin se pose en défenseur de la souveraineté des provinces. « [V]ous êtes en train de changer la substance même de la fédération canadienne », oppose-t-il. Asselin, qui représente une division sénatoriale du Québec, pose la question : « vous voudriez [...] qu'on empiète sur des domaines réservés aux provinces sans leur consentement ? C'est ça que vous voudriez ? »³⁷⁷

La réponse lui vient du président de l'ACFO, pour qui le gouvernement fédéral doit naturellement intervenir lorsque les provinces refusent de le faire. Il répond à Asselin, qu'il perçoit manifestement comme un porte-parole du Québec, en donnant vie au piège que contient le projet de Charte pour l'État québécois :

Maintenant, cela me surprend aussi un peu, votre question, du fait que nous avons toujours, nous, les minorités francophones hors Québec, senti quand même l'appui du peuple francophone du Québec. J'ose croire que vous n'êtes pas contre les droits des minorités franco-ontariennes. Je pensais avoir toute la sympathie des

partout à travers le pays » (PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 7, 1980 et 1981, p. 54). De même, le 10 décembre, le Congrès national des Italo-Canadiens (Région du Québec) admet « qu'il serait plus normal » pour la communauté anglo-québécoise, c'est-à-dire qu'elle serait plus à l'aise, de revendiquer des droits sachant que les minorités françaises disposent des mêmes (PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 23, 1980 et 1981, p. 13).

³⁷⁵ La version traduite utilise l'expression connue suivante : l'union des deux organismes « *confirms that what is sauce for the goose is sauce for the gander* » (PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 8, 1980 et 1981, p. 43).

³⁷⁶ *Id.*

³⁷⁷ *Id.*, p. 51.

Francophones québécois envers le million de Francophones que nous formons, que nous constituons à l'extérieur de la province de Québec.³⁷⁸

Bref, le Conseil des minorités du Québec demande dans un premier temps que son droit à des commissions scolaires soit constitutionnalisé, puis étendu aux minorités françaises. Le sénateur Asselin fait ensuite entendre que la revendication va peut-être trop loin, que Québec peut vouloir protéger sa souveraineté en matière d'éducation. Et l'ACFO de répondre : « nous voulons transposer en Ontario l'équivalent pour nous-mêmes » ; « nous sommes un peu jaloux en Ontario, nous aimerions avoir quelque chose d'équivalent »³⁷⁹. En conséquence, Québec ne peut plus défendre sa propre souveraineté sans par la même occasion se retrouver en opposition avec les minorités françaises.

Le dernier mot revient à Eric Maldoff, qui intervient après la réponse du président de l'ACFO au sénateur Asselin :

Permettez-moi simplement d'ajouter qu'il s'agit en l'occurrence des droits fondamentaux de tous les Canadiens. Il ne faudrait surtout pas mettre sur le même pied les préoccupations politiques des gouvernements [provinciaux] vis-à-vis de leurs propres compétences et les droits des citoyens.³⁸⁰

Québec se retrouve encerclé.

Au même moment, le mémoire que soumet Georges Forest, celui qui se présente comme un défenseur des droits des Franco-Manitobains, contient des points de convergence avec cette intervention conjointe du Conseil des minorités du Québec et de l'ACFO. Forest réclame aussi des droits symétriques. Il n'hésite pas à utiliser la perception négative partagée au Canada anglais au sujet de l'approche québécoise afin de mieux attaquer les hésitations manitobaines au sujet des droits du français : « Le Manitoba semble un peu ridicule aux yeux des Canadiens d'adopter l'attitude du premier ministre René Lévesque à l'égard de l'autre langue officielle. »³⁸¹

³⁷⁸ *Id.*, p. 51 et 52.

³⁷⁹ *Id.*, p. 52.

³⁸⁰ *Id.*

³⁸¹ Georges FOREST, *Presentation of Opinions on Proposals for Constitutional Reform, in Reference with the Proposed Resolution Respecting the Constitution of Canada « The Canada Act 1980 »*, to the Standing Committee on Statutory Regulations and Orders, Winnipeg, 18 novembre 1980, p. 7. La version anglaise du mémoire dit que le « *Manitoba does appear foolish* » (page 5 de la version anglaise).

Pour Forest, seuls des droits applicables partout, y compris évidemment au Québec, et de la même façon, peut offrir des garanties pour les minorités françaises. C'est lorsque tous les partenaires sont contraints identiquement que tous ces partenaires acceptent de jouer le jeu. Il écrit : « Peut-on me blâmer d'affirmer que le gouvernement fédéral doit éviter de laisser des échappatoires permettant dans certaines circonstances, au Manitoba, au Québec ou à toute autre province, de se retirer de certaines modalités de l'union. »³⁸² Selon lui, c'est du pareil au même partout, car « l'oppression exercée contre une minorité officielle ne laisse aucun espoir aux autres minorités »³⁸³.

Forest n'est toutefois pas la francophonie hors Québec à lui seul. Ni l'ACFO d'ailleurs. Les autres organismes représentant les intérêts de francophones minoritaires ne donnent pas vie sans cas de conscience au piège que contient le projet de Charte pour faire avancer leur cause. Au contraire, elles tentent de l'éviter. Elles le voient et le craignent pour l'avenir.

Le 21 novembre, Joseph Eliot Magnet présente le mémoire de la Société franco-manitobaine. Il critique l'inscription d'une solution à une règle unique dans le projet de Charte. « Franchement, nous ne sommes pas convaincus que nos besoins sont les mêmes que ceux de la minorité anglophone au Québec. » Magnet, conseiller juridique de l'organisme, qui théorise par la suite l'irrésistible posture canadienne en matière linguistique, poursuit : « Nous insistons donc sur le fait que les besoins de la communauté franco-manitobaine sont distincts. »³⁸⁴

Il comprend que le droit est d'abord construit à partir de la situation québécoise, puis appliqué à l'ensemble du Canada. Mais la réalité exige, selon lui, une autre approche. Le projet « n'est pas réaliste en essayant de formuler une règle qui s'appliquera à la minorité anglophone du Québec et aux différentes minorités francophones à travers le pays. Ces collectivités ne sont

³⁸² Georges FOREST, *Presentation of Opinions on Proposals for Constitutional Reform, in Reference with the Proposed Resolution Respecting the Constitution of Canada « The Canada Act 1980 »*, to the Standing Committee on Statutory Regulations and Orders, Winnipeg, 18 novembre 1980, p. 9.

³⁸³ *Id.*

³⁸⁴ PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 10, 1980 et 1981, p. 26.

pas pareilles, elles ne suivent pas la même évolution ; leurs besoins, leurs aspirations et leur histoire diffèrent »³⁸⁵.

Ainsi, pour Magnet, il faut légiférer en deux temps. En contexte québécois, d'accord, il faut protéger l'accès à l'école anglophone pour certaines catégories de citoyens (au nom de l'unité canadienne) et en même temps permettre au Québec d'orienter le reste de la population, et particulièrement les immigrants, vers l'école de langue française (au nom de la survie du Québec français). Mais ailleurs, au Canada, l'approche doit être différente. Selon Magnet, le Manitoba ne répondrait pas, par exemple, à ce besoin de préserver un équilibre, car la langue de la majorité dans cette province n'est d'aucune façon menacée par la langue minoritaire. Ce qu'il faut donc en contexte manitobain, plaide-t-il, c'est de garantir la liberté de choix, une liberté qui peut constituer une chance pour la minorité française de tenter d'attirer plus d'enfants vers ses écoles, et particulièrement les enfants d'immigrants³⁸⁶.

Ainsi, l'intervention de la Société franco-manitobaine permet que soit exprimé ce que d'aucuns considèrent comme une évidence. Mais les impératifs politiques reviendront aussitôt fermer cette porte. Bryce Mackasey, député libéral d'une circonscription ontarienne, rappelle que la même règle doit être appliquée partout, et de la même façon. La justice ne peut requérir autre chose que la symétrie :

Je comprends ce que vous demandez lorsque vous parlez de la liberté de choix pour les immigrants au Manitoba. À mon avis, vous demandez que les nouveaux Canadiens arrivant au Manitoba aient le droit, surtout lorsqu'ils deviennent citoyens, au bout de trois ans, de recevoir un enseignement dans l'une ou l'autre des deux langues officielles du pays. Je suis cependant un peu troublé par votre hésitation à faire appliquer cette règle aux immigrants et aux nouveaux Canadiens dans la province de Québec.³⁸⁷

Mackasey ne fait ainsi que répéter ce que Chrétien répétera à chacune de ses apparitions devant le comité d'étude. La symétrie est l'horizon indépassable de la conception des droits

³⁸⁵ *Id.*, p. 31.

³⁸⁶ L'Association canadienne-française de l'Alberta fait une suggestion semblable dans son mémoire : ASSOCIATION CANADIENNE-FRANÇAISE DE L'ALBERTA, *Mémoire*, présenté au Comité mixte spécial sur le renouvellement constitutionnel, Edmonton, janvier 1981, p. 8. Elle ne comparait pas devant le comité d'étude.

³⁸⁷ PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 10, 1980 et 1981, p. 40.

linguistiques au Canada. Les minorités françaises doivent s'y faire. Si elles réclament des droits plus larges, les mêmes droits seront appliqués au Québec.

Le 25 novembre, ce sont les représentants de l'Association culturelle franco-canadienne de la Saskatchewan qui témoignent. L'organisme refuse le piège que tend le gouvernement fédéral : « [N]ous tenons à nous dissocier clairement de la stratégie de chantage qui fait du Québec le responsable des malheurs des Francophones hors Québec par sa position face au projet de rapatriement ». L'État québécois ne doit pas être affaibli : « En tant qu'unique [É]tat majoritairement francophone en Amérique du Nord, le Québec doit protéger sa population francophone, et il est important pour nous que le Québec francophone reste fort et dynamique. »³⁸⁸

L'association critique lourdement la facture du droit à l'instruction dans la langue de la minorité tel que proposé. Donner un droit d'accès à l'école de la minorité, y ajouter la condition du nombre suffisant, et « penser que ça va résoudre la situation des Fransaskois, eh bien, de souligner le représentant de l'organisme, je crois que c'est se leurrer »³⁸⁹. Le droit a été rédigé en fonction de la situation des Anglo-Québécois, plaide-t-on. En Saskatchewan, le droit d'accès sera inapplicable, car les écoles restent à construire. On craint aussi que le critère du nombre suffisant soit le plus souvent une considération insurmontable pour la plupart des communautés francophones.

Le piège fédéral voudrait qu'un renforcement du droit pour répondre aux besoins des minorités françaises ait pour corollaire un empiétement encore plus important sur la compétence du Québec en matière d'éducation. L'organisme refuse l'équation : « nous nous considérerions perdants si pour obtenir cela nous devions accepter que le Québec perde les moyens qu'il s'est donnés pour assurer sa survie francophone »³⁹⁰.

³⁸⁸ PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 12, 1980 et 1981, p. 11.

³⁸⁹ *Id.*, p. 16.

³⁹⁰ *Id.*, p. 11.

Dans son mémoire, l'organisme propose qu'on dépasse le postulat selon lequel il faille nécessairement résoudre le problème des droits linguistiques au Canada à l'aide d'une solution à une règle unique. S'il le faut, rédigeons deux règles :

Et si de telles dispositions [celles dont ont besoin les minorités françaises] ne peuvent pas s'appliquer au Québec, où la situation est radicalement différente puisqu'il s'agit là encore de protéger les francophones, qui, s'ils y sont majoritaires, demeurent minoritaires dans le pays et le continent, si donc on ne peut étendre au Québec des dispositions qui protègent les francophones hors Québec, qu'on formule alors des droits différents pour la minorité du Québec.³⁹¹

De toute évidence, le gouvernement fédéral tient à une solution à une règle unique parce qu'il souhaite piéger le Québec. Ou s'il ne le souhaite pas, il sait que le projet aura cette conséquence, et il ne fait absolument rien pour l'éviter. Car on pourrait facilement imaginer une autre approche, comme le propose l'Association culturelle franco-canadienne de la Saskatchewan dans son mémoire. La question du Québec pourrait être traitée à part :

[S]i on voulait reformuler des dispositions qui donnent de véritables droits aux Fransaskois, on pourrait le faire de telle sorte que ça n'attaque pas la nécessaire autonomie du Québec pour protéger sa population francophone et au besoin on pourrait concevoir des mesures différentes pour le Québec et pour les provinces anglophones.³⁹²

Le 26 novembre, au tour de la Fédération des francophones hors Québec de présenter son mémoire. Elle déplore le fait que le projet de rapatriement ne reconnaisse pas le « principe des deux peuples fondateurs de ce pays »³⁹³ Elle dénonce les « considérations stratégiques »

³⁹¹ ASSOCIATION CULTURELLE FRANCO-CANADIENNE DE LA SASKATCHEWAN, *Mémoire*, présenté au Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, novembre 1980, p. 10. Voici la version anglaise de ce passage du mémoire : « *If such provisions cannot be applied in Quebec, where the situation is radically different (it is again the Francophones who need protection, because, while they are in the majority in Quebec, they remain a minority group in Canada and in North America), if we cannot extend to Quebec's Anglophones provisions designed to protect Francophones outside Quebec, then we should draw up different rights for the Quebec minority* » (page 14 de la version anglaise).

³⁹² ASSOCIATION CULTURELLE FRANCO-CANADIENNE DE LA SASKATCHEWAN, *Mémoire*, présenté au Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, novembre 1980, p. 10. La version anglaise de ce passage fait preuve de plus d'assurance : « *It would be possible to formulate provisions giving Franco-Saskatchewanians true rights, and yet not threaten the autonomy Quebec needs to protect its French-speaking population. If necessary, we could draw up different provisions for Quebec and for Anglophone provinces* » (page 15 de la version anglaise).

³⁹³ PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 13, 1980 et 1981, p. 27.

qui conduisent le gouvernement fédéral à épargner l'Ontario de l'application de l'article 133 de la L.C. 1867, qui n'est toujours imposé qu'à une seule province, le Québec. Il s'agit d'un arrangement qu'elle trouve « scandaleux »³⁹⁴.

Au sujet du droit à l'instruction dans la langue de la minorité, l'organisme souligne les « pirouettes sémantiques et [l]es échappatoires » que le projet propose³⁹⁵. Il faudrait plutôt écrire ce droit en ayant la situation des minorités françaises en tête, et non celle des Anglo-Québécois, qui n'auraient pas besoin d'une telle intervention³⁹⁶. L'organisme semble visiblement réticent à appuyer le projet. Il refuse même de jouer le jeu de la division souhaitée par le gouvernement fédéral :

Selon nous, le Gouvernement fédéral doit assumer ses responsabilités envers la protection et la promotion de la langue et de la culture française partout au pays. Pour ce faire, il ne doit toutefois, en aucun temps, porter atteinte au dynamisme et aux pouvoirs dont dispose déjà le Québec pour assurer son développement en tant que principal foyer de la langue et de la culture française sur ce continent.³⁹⁷

Notons au passage que le mémoire de la Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick contient des considérations semblables. On refuse aussi la division :

La Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick appuie le gouvernement du Québec pour s'opposer au rapatriement unilatéral d'Ottawa qui tend à réduire ce pouvoir du Québec de protéger et de promouvoir le français sans pour autant améliorer la situation des francophones à l'extérieur du Québec.

³⁹⁴ *Id.*, p. 28. Jeannine Séguin, qui témoigne au nom de l'organisme, raconte que le premier ministre de l'Ontario se serait vanté d'avoir pu éviter qu'on lui impose l'article 133.

³⁹⁵ *Id.* p. 29. Le mémoire de l'organisme contient différents documents annexés, dont une lettre ouverte du professeur Daniel Proulx, alors rattaché à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, publiée dans les pages du *Devoir* le 17 octobre 1980. Il y est question de la « notion de “partage” du premier ministre fédéral », où « M. Trudeau voudrait imposer au Québec un sacrifice auquel il ne peut consentir en tant qu'unique État majoritairement francophone en Amérique du Nord, en échange de l'enchâssement constitutionnel d'un droit à l'instruction dans la langue de la minorité dont la portée juridique est insignifiante pour les minorités francophones hors Québec ».

³⁹⁶ Le plaidoyer de l'organisme, plutôt favorable à une approche asymétrique, l'est un peu moins dans le mémoire qu'il dépose. Il craint vraisemblablement que l'asymétrie soit finalement une façon de justifier qu'on laisse tomber les minorités les plus faibles sous prétexte qu'il n'y a plus rien à faire pour elles. Dans le mémoire, on plaide plutôt pour « une interprétation la plus uniforme possible du droit à l'éducation dans la langue minoritaire » (FÉDÉRATION DES FRANCOPHONES HORS QUÉBEC, *Mémoire*, présenté au Comité spécial mixte sur la Constitution du Canada, Ottawa, 26 novembre 1980, p. 18).

³⁹⁷ ³⁹⁷ PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 13, 1980 et 1981, p. 27.

Et lorsque l'organisme propose l'élargissement des droits linguistiques, il y est spécifié qu'il faut par la même occasion éviter d'« empiéter dans les domaines de juridiction du Québec »³⁹⁸.

Le mémoire le plus percutant reste toutefois celui du politologue Léon Dion. La version définitive, soumise le 16 décembre, devait se substituer aux versions précédentes « [e]n raison de l'évolution des événements ». Dion suit les travaux du comité d'étude et souhaite adapter son propos à ce qui y est présenté depuis le 14 novembre 1980, date à partir de laquelle des groupes et des particuliers comparaissent. Cette version définitive est toutefois rejetée. Seule la première, qui date du 4 novembre, peut être retrouvée dans les archives du comité. On refuse également de recevoir Dion. Il n'en fera donc pas la présentation, même s'il l'a demandé à deux reprises.

Le mémoire que soumet Dion (dans sa version du 4 novembre, retrouvée dans les archives) est de loin le plus fouillé (il aborde la question sous différents angles ; historique, politique, juridique, sociologique, démographique) et détaillé (il fait 58 pages dans sa version française) à avoir été soumis au comité au sujet des droits linguistiques. Le sommaire qu'y ajoute le Service de recherches de la Bibliothèque du Parlement du Canada souligne que Dion croit qu'il faut mettre le droit à l'instruction dans la langue de la minorité prévu dans le projet de Charte « au rancart ». Le sommaire donne aussi les arguments principaux en faveur de l'asymétrie.

Si les membres du comité ont lu ce sommaire, ils savent que Dion est d'avis que le droit doit être récrit afin de satisfaire les besoins des minorités françaises, et que le Québec doit en être épargné. Ils savent aussi qu'on les soupçonne de vouloir s'en tenir au mythe de l'égalité. Le sommaire reprend la pensée de Dion ainsi :

Un enchâssement devra pourtant protéger plus le français que l'anglais, car on ne peut considérer les francophones du Québec comme une majorité à l'instar des anglophones dans les autres provinces ou les anglophones du Québec comme une minorité à l'instar des minorités francophones des autres provinces.³⁹⁹

³⁹⁸ SOCIÉTÉ DES ACADIENS DU NOUVEAU-BRUNSWICK, *Mémoire*, présenté au Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada et au Comité spécial de l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick sur la réforme constitutionnelle, décembre 1980, p. 6.

³⁹⁹ SERVICE DE RECHERCHES DE LA BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT, *Sommaire*, 9 décembre 1980, p. 5, accompagnant le document suivant : Léon DION, *Le projet de résolution concernant la*

Après le sommaire vient le mémoire. À propos du Québec, Dion dit vouloir éviter une « tragédie » ; rien ne doit lui être imposé sans son consentement. Il indique que « le Québec n'est pas seulement une province comme les autres. Il est bien davantage le point d'appui institutionnel d'un des deux peuples principaux qui fondent le Canada. »⁴⁰⁰

Le projet de Charte est aussi, selon Dion, fondé « sur l'ignorance et les préjugés »⁴⁰¹. Il aura, poursuit-il, « peu d'effet sur les francophones hors Québec »⁴⁰². En Ontario et au Nouveau-Brunswick, ce n'est généralement pas de l'accès à l'école de langue française dont ceux-ci ont besoin, mais de la gestion et du contrôle de leurs institutions. Or, le projet de Charte n'en traite pas. Et ailleurs au Canada anglais, toujours selon Dion, c'est justement l'accès à l'école qui est l'enjeu. Pourtant, le droit à l'instruction dans la langue de la minorité est conditionnel au critère du nombre suffisant, qui leur sera le plus souvent insurmontable, croit le politologue. De plus, le projet de Charte ne fait rien au sujet des services gouvernementaux qui sont les plus importants pour les francophones hors Québec, offerts par les provinces.

Il s'agit donc d'un véritable plaidoyer en faveur de l'asymétrie :

[I]l est tout simplement ridicule, au nom d'une règle théorique d'équité, de tenter d'inclure les minorités francophones et la minorité anglophone dans une seule équation qui serait établie en fonction du Québec. Le Québec constitue un cas spécial. Dans les autres provinces, la langue de la majorité n'est aucunement menacée. Il convient donc de protéger au maximum les communautés francophones, par exemple en ouvrant tout grand l'accès à l'école française. Au Québec, la langue de la majorité a besoin d'être protégée. Et s'il est nécessaire que les droits de la communauté anglophone soient reconnus et protégés, il importe de les définir de telle manière que l'anglais ne puisse entraver le plein épanouissement du français. C'est pourquoi les mêmes critères restrictifs qui seraient équitables à l'égard de l'anglais au Québec devraient être considérés comme injustifiables dès lors qu'ils seraient étendus au français dans les provinces anglophones. La justice pour les langues ne passe pas au Canada par l'uniformité, mais par la diversité des statuts juridiques.⁴⁰³

Constitution du Canada : pour une véritable politique linguistique, mémoire présenté au Comité conjoint du Sénat et de la Chambre des Communes sur le projet de résolution concernant la constitution du Canada, 4 novembre 1980.

⁴⁰⁰ Léon DION, *Le projet de résolution concernant la Constitution du Canada : pour une véritable politique linguistique*, mémoire présenté au Comité conjoint du Sénat et de la Chambre des Communes sur le projet de résolution concernant la constitution du Canada, 4 novembre 1980, p. 6.

⁴⁰¹ *Id.*, p. 9.

⁴⁰² *Id.*, p. 10.

⁴⁰³ *Id.*, p. 11 et 12. C'est un peu aussi l'opinion retrouvée dans le mémoire du Conseil de la langue française du Québec : CONSEIL DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Position du Conseil de la langue française relative*

Dion n'a pas de mots assez durs pour dénoncer « la politique linguistique fédérale mise en œuvre depuis 1968 », dont le projet de rapatriement n'est que la suite. Trudeau fonderait son argumentation sur des « sophismes » et de « gros mensonges »⁴⁰⁴. Le gouvernement fédéral aurait « témoigné jusqu'ici d'une totale ignorance des conditions démolinguistiques » et « fait fi des propositions élémentaires de la sociolinguistique ». Dion poursuit :

Plutôt que de s'appuyer sur les meilleurs acquis scientifiques, le projet de résolution, en effet, en se conformant au mode de pensée bien connu du Premier ministre Trudeau, se fonde sur des présupposés idéologiques nobles, certes, mais malheureusement sans rapport avec la réalité, car il est abstrait, fondé sur le juridisme et sur le psychologisme comme l'a bien montré Charles Castonguay [professeur au Département de mathématiques et de statistique de l'Université d'Ottawa et chercheur en démographie linguistique].⁴⁰⁵

Selon le politologue, Trudeau a développé le juridisme « à l'extrême ». « Il l'a poussé à la limite de l'absurde, c'est-à-dire à un point où tout rapport avec la réalité se trouve supprimé. Si la réalité ne correspond pas au droit tant pis pour elle. »⁴⁰⁶ Dion décrit à quoi devrait ressembler le projet de Charte si l'objectif était d'abord d'intervenir en faveur du français.

Dion tente aussi de réconcilier la francophonie canadienne, qu'il sait divisée. Selon lui, « les communautés francophones doivent à leur tour comprendre que la situation de la minorité anglophone au Québec est bien différente de celle des minorités françaises dans les provinces anglophones ». Il ajoute :

Ce n'est pas parce que les Québécois francophones ne souhaitent pas que les francophones des autres provinces ne jouissent pas des meilleures protections juridiques qu'ils s'opposent en grand nombre aux droits linguistiques proposés par le projet de Charte. C'est parce que ces articles s'appliqueraient de la même manière au Québec à l'égard de la minorité anglophone et qu'ils ne sauraient accepter, même s'il en allait du plus grand bien des communautés francophones des autres provinces, d'être liés à jamais par ces mêmes clauses qui leur seraient préjudiciables au Québec même.⁴⁰⁷

aux droits linguistiques et à la Constitution (projet fédéral du 2 octobre 1980), transmise au ministre d'État au Développement culturel et scientifique, novembre 1980, p. 4 et 6.

⁴⁰⁴ Léon DION, *Le projet de résolution concernant la Constitution du Canada : pour une véritable politique linguistique*, mémoire présenté au Comité conjoint du Sénat et de la Chambre des Communes sur le projet de résolution concernant la constitution du Canada, 4 novembre 1980, p. 12.

⁴⁰⁵ *Id.*, p. 41.

⁴⁰⁶ *Id.*, p. 42.

⁴⁰⁷ *Id.*, p. 46.

On l'a compris, Dion n'adhère pas (ou n'adhère plus) à la politique de Trudeau. Il voit où Trudeau veut aller, et met en garde le gouvernement fédéral : « l'orientation qu'il précon[i]se a fatalement comme conséquence de diviser les francophones du Québec et ceux des provinces anglophones » (italiques ajoutés)⁴⁰⁸. La version anglaise du mémoire est même encore plus forte, considérant que le mot *lethal*, en anglais, renvoie la francophonie canadienne à la mort : « *he [Trudeau] advocates an orientation that has the lethal consequence of dividing Quebec Francophones from those living in Anglophone provinces* »⁴⁰⁹.

Tout bien considéré, le projet de Charte met « les “deux minorités” et les “deux majorités” sur le même pied »⁴¹⁰. On peut dire qu'il piège ainsi le Québec. Dion est d'avis qu'« il freine l'élan de ceux qui militent pour la cause française au Nouveau-Brunswick et en Ontario et il place dans l'embarras les francophones des autres provinces anglophones » (italiques ajoutés)⁴¹¹. À moins, bien sûr, peut-on ajouter, que ces derniers acceptent de jouer le jeu que la politique linguistique fédérale veut leur faire jouer.

La version définitive du mémoire de Dion, bien que rejetée par le comité d'étude, donc introuvable dans ses archives, est toutefois l'objet d'une publication l'année suivante grâce au concours du gouvernement du Québec. Le contenu est le même, sauf quelques petits détails. Par exemple, Dion insiste davantage dans cette dernière version sur le fait qu'« une politique linguistique uniforme produirait des résultats contraires dans les provinces anglophones et au Québec »⁴¹². Ainsi portée par le projet de Charte, cette politique, prédit

⁴⁰⁸ *Id.*, p. 53.

⁴⁰⁹ Page 60 de la version anglaise.

⁴¹⁰ Léon DION, *Le projet de résolution concernant la Constitution du Canada : pour une véritable politique linguistique*, mémoire présenté au Comité conjoint du Sénat et de la Chambre des Communes sur le projet de résolution concernant la constitution du Canada, 4 novembre 1980, p. 53.

⁴¹¹ *Id.*

⁴¹² Léon DION, *Pour une véritable politique linguistique*, Québec, Ministère des Communications, 1981, p. 9. Cette conséquence est soulignée par le gouvernement du Québec, qui, bien qu'il ne dépose pas de mémoire devant le comité d'étude, lui soumet un dossier traitant des enjeux du rapatriement. Le gouvernement du Québec y cite des extraits d'une version du mémoire de Léon Dion rejetée par le comité, où il est question des éléments susceptibles de diviser le Québec et les minorités françaises. Québec insiste sur le point suivant : « Une politique linguistique uniforme produirait des résultats contraires dans les provinces anglophones et au Québec. Plus elle favoriserait les minorités francophones à l'extérieur du Québec et plus elle risquerait d'entraver le français au Québec même. » (GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Constitution express*, Ministère des Affaires intergouvernementales, Québec, 20 janvier 1981, p. 5) Ce dossier peut être retrouvé dans les archives du comité d'étude.

Dion, va renforcer les divisions dans la francophonie canadienne. Le gouvernement fédéral ne peut faire comme s'il ne savait pas :

Plus elle favoriserait les minorités francophones [la politique linguistique uniforme] et plus elle risquerait d'entraver le français au Québec même. Dans les discussions en cours *l'on voit déjà poindre les profonds antagonismes entre les francophones des provinces anglophones et ceux du Québec que semblable politique linguistique engendrerait fatalement*. Et ce serait sans doute là la première et la plus fâcheuse conséquence de cette dernière. (italiques ajoutés)⁴¹³

Il n'y a donc pas d'espace pour le doute jusqu'ici. Les 7, 12 et 13 novembre 1980, le ministre Chrétien défend des droits linguistiques symétriques devant le comité. Ses explications ont tout pour annoncer qu'ils opposeront le Québec et les minorités françaises, et les membres du comité s'en satisfont. À partir du 14 novembre, les groupes et les particuliers qui interviennent sur la question confirment que la structure des droits linguistiques a tout pour diviser la francophonie canadienne.

Maintenant, le 12 janvier 1981, la comparution des groupes et des particuliers étant terminée, Chrétien dépose une nouvelle version du projet de Charte devant le comité. Il s'agit de sa troisième version depuis la reprise des négociations à la suite du référendum québécois de mai 1980. Les droits linguistiques sont toujours symétriques, et même, dans cette troisième version, rédigés avec des termes plus larges que dans la deuxième⁴¹⁴. Les discussions se poursuivent jusqu'au 9 février.

- Poursuite d'une œuvre symétrique malgré les mises en garde

La question de l'article 133 de la L.C. 1867, cet article qui n'impose des obligations linguistiques qu'à une seule province, le Québec, revient périodiquement devant le comité d'étude. Ce qui accroche, on l'a vu lors de la comparution de la Fédération des francophones hors Québec, c'est que le projet de Charte n'ose pas l'imposer aux autres provinces, et plus

⁴¹³ Léon DION, *Pour une véritable politique linguistique*, Québec, Ministère des Communications, 1981, p. 9.

⁴¹⁴ On dira qu'il s'agit en quelque sorte d'un retour à la première version, datant du mois d'août 1980, titrée « Discussion Draft » (Robin ELLIOT, « Interpreting the Charter – Use of the Earlier Versions as an Aid », (1982) *U.B.C. L. Rev.* 11, 14). La troisième version ajoute, en plus du droit rattaché à la langue maternelle, un droit pour les parents qui ont eux-mêmes reçu leur instruction primaire dans la langue minoritaire de la province de voir leurs enfants recevoir l'instruction dans la langue minoritaire, sans égard cette fois au critère de la langue maternelle. De plus, la continuité d'emploi de la langue d'instruction pour les enfants est toujours garantie, mais n'est plus conditionnelle au déménagement d'une province à l'autre (Robin ELLIOT, « Interpreting the Charter – Use of the Earlier Versions as an Aid », (1982) *U.B.C. L. Rev.* 11, 47).

particulièrement à l'Ontario. Certains reprochent donc au gouvernement fédéral de tenir un double langage. D'un côté, le gouvernement reconnaît qu'il aimerait voir l'Ontario s'y soumettre, mais plaide qu'il ne peut le lui imposer puisque la province le refuse. De l'autre, il propose un droit à l'instruction dans la langue de la minorité applicable partout, y compris au Québec, et ce, même si Québec s'y oppose.

Le 14 janvier 1981, Chrétien trébuche à la suite d'un commentaire du député Mackasey. Ce dernier avance que l'article 133 n'est pas imposé à l'Ontario de peur qu'un Ontario vexé, considérant le poids de cette province dans la fédération canadienne, ne fasse éclater tout espoir de consensus sur la question des droits linguistiques. Chrétien répond alors : « C'est certainement l'un des dangers. »⁴¹⁵

Faisant ni une ni deux, Perrin Beatty, un député du Parti progressiste-conservateur représentant une circonscription ontarienne, ne rate pas l'occasion de critiquer l'approche du gouvernement. Il interpelle Chrétien : « Vous êtes donc prêt à sacrifier ce que vous considérez comme un droit fondamental, pour obtenir l'appui de l'Ontario en vue de l'adoption de l'ensemble des dispositions ? Vous êtes prêt à échanger un droit fondamental pour l'appui de l'Ontario ? »⁴¹⁶

Voyant qu'il s'est avancé là où il ne fallait pas, Chrétien se lance dans une longue explication. Il dit que le gouvernement fédéral n'a jamais eu l'intention d'imposer l'article 133 à qui que ce soit. Que l'Ontario aurait laissé entendre, lors de discussions à l'été 1980, qu'elle pourrait s'y soumettre. Mais, comme elle a ensuite fermé la porte, en septembre 1980, Chrétien explique que sa déception, même immense, ne peut justifier qu'on impose l'article 133 maintenant, comme il n'y a pas lieu de l'imposer aux autres provinces (le gouvernement fédéral ne l'impose pas non plus au Québec, puisque les représentants du Québec y ont librement adhéré en 1867). En somme, la position du gouvernement reste la même pour tout

⁴¹⁵ PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 37, 1980 et 1981, p. 29.

⁴¹⁶ *Id.*, p. 30 et 31.

le monde, de dire Chrétien. Il ajoute : « Je ne suis pas prêt à sacrifier les droits de qui que ce soit. »⁴¹⁷

Le ministre poursuit toutefois son explication en disant qu'il ne peut y avoir de double langage, de toute façon, puisque le droit à l'instruction dans la langue de la minorité n'est pas véritablement imposé au Québec. Il rappelle que les provinces se sont rencontrées à Montréal en 1978, et que toutes, y compris le Québec, s'étaient alors librement engagées à adopter des mesures en ce sens dans un contexte d'accords de réciprocité à être négociés⁴¹⁸. Le projet de Charte ne l'impose donc pas au Québec, selon Chrétien. Il argumente que Québec a déjà par le passé adhéré au principe que le gouvernement propose maintenant d'enchâsser dans la Constitution.

Cette fois, c'est Lorne Nystrom, un député du Nouveau Parti démocratique représentant une circonscription de la Saskatchewan, qui donne la réplique. Il dit, *grosso modo* : justement, n'y a-t-il pas là un double langage ? D'un côté, l'Ontario aurait d'abord laissé entendre qu'elle pourrait se soumettre à l'article 133. Mais, maintenant qu'elle change d'idée, le gouvernement fédéral refuse de le lui imposer. De l'autre, le Québec adhère à un principe à l'occasion d'une rencontre réunissant des représentants de toutes les provinces. Mais, maintenant qu'il indique ne pas vouloir y être lié dans la forme d'un texte constitutionnel, le gouvernement fédéral va quand même de l'avant et entend le lui imposer.

Justification de Chrétien : il faut l'imposer au Québec, car le droit à l'instruction dans la langue de la minorité tient à des garanties réciproques ; les droits qui visent les minorités françaises ne peuvent tenir sans une contrepartie au profit de la langue anglaise en contexte minoritaire, ce qui rend le Québec absolument incontournable. Voici l'échange entre Nystrom et Chrétien :

⁴¹⁷ *Id.*, p. 31.

⁴¹⁸ La rencontre s'est tenue le 24 février 1978. Les ministres de l'éducation de toutes les provinces se réunissaient pour assurer le suivi du programme fédéral de subventions pour l'enseignement dans la langue de la minorité. Le Québec s'était engagé à en être l'hôte du temps où Robert Bourassa était premier ministre de la province, et Lévesque prit la décision de maintenir cet engagement. En s'entendant avec les autres provinces au sujet des droits linguistiques, Québec souhaitait couper l'herbe sous le pied de Trudeau et à son projet de voir à leur constitutionnalisation. Voir Matthew HAYDAY, *Bilingual Today, United Tomorrow : Official Languages in Education and Canadian Federalism*, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2005, p. 103-105.

M. Nystrom : C'est clair, mais alors, pourquoi ces droits en matière d'instruction au Québec, alors que M. Lévesque [le premier ministre du Québec] avait dit non, sont-ils imposés ?

M. Chrétien : Ils avaient tous accepté.

M. Nystrom : Monsieur le coprésident, il avait également dit que M. Davis [le premier ministre de l'Ontario] avait accepté à un moment donné ; M. Lévesque avait accepté à un moment donné ; je suis votre logique, et je vous demande : pourquoi traiter le Québec différemment de l'Ontario ? Maintenant, le Québec n'est plus d'accord. L'Ontario n'est plus d'accord.

M. Chrétien : C'est parce que *les droits en matière d'instruction s'appliquent à tous les Canadiens, dans toutes les provinces, exactement de la même manière*, et dans le cas de l'Ontario, [p]arce que l'article 133 ne s'applique qu'à une province et que ce serait l'imposer à une province et pas aux autres. (version traduite ; italiques ajoutés)⁴¹⁹

Autrement dit, le droit à l'instruction dans la langue de la minorité tel que conçu par le projet de Charte ne peut exister sans le Québec. Il donne aux minorités françaises les droits qu'il consacre au profit de la communauté anglo-québécoise, et vice versa ; « exactement la même chose », de répéter le ministre. Partout dans les débats, Chrétien explique que ce droit est appelé à évoluer dans une logique réciproque. Qu'est-ce qu'il implique pour une communauté francophone implantée dans une lointaine région du Canada anglais ? Chrétien indique que les tribunaux jugeront à la lumière de ce que le Québec fait pour sa communauté anglophone. Le droit tient donc sur deux pattes. Le Québec est l'une de ces pattes. Sans lui, le droit tombe.

Pour ce qui est de l'article 133, Chrétien croit que la situation est différente. Il ne s'applique déjà qu'au Québec, et ce, depuis 1867. Bien qu'il tienne aussi sur deux pattes, l'une québécoise (pour protéger l'anglais minoritaire), l'autre visant le pouvoir fédéral (pour protéger le français minoritaire dans les institutions centrales), dans un échange de garanties réciproques, l'article 133 n'a manifestement pas besoin de l'Ontario pour se tenir debout.

Chrétien réitère partout qu'il s'agit de droits symétriques. Comme conséquence évidente, il plaide que les tribunaux en retiendront une interprétation tout aussi symétrique. Comment

⁴¹⁹ PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 37, 1980 et 1981, p. 32.

défendre autrement le droit à l’instruction dans la langue de la minorité ? Ce qui est bon pour l’anglais au Québec l’est en même temps pour le français hors Québec, et de la même façon. Le 15 janvier, il s’exprime longuement sur cette conviction :

Supposons, par exemple, que dans ma ville, Shawinigan et Grand-Mère, nous avons un « high school » catholique et un « high school » protestant payés par tous les contribuables. Le nombre n’est pas très grand. Je ne sais pas le nombre d’élèves, mais c’est quelques centaines. Ils ont des difficultés parce qu’ils ne sont pas très nombreux, mais le gouvernement [du Québec] est très généreux à leur endroit, la Commission scolaire aussi ; les payeurs de taxes d’une ville où il y a 15 pour cent de chômage le sont aussi.

Supposons qu’à Vancouver [en Colombie-Britannique] où il y a probablement cinquante fois plus de Francophones qu’il y a d’Anglophones à Shawinigan et Grand-Mère – nous, ça nous en prend 20 000 pour faire une école – on veut une école française. L’avocat qui plaidera pourra dire *écoutez, si c’est possible de la faire à Shawinigan pour quelques centaines d’avoir deux écoles anglophones, comment pouvez-vous, la Commission scolaire de Vancouver, refuser de le faire ? Donc, le Tribunal vous ordonne de la faire.* (italiques ajoutés)⁴²⁰

Chrétien croit aussi que les tribunaux jugeront du bien-fondé de l’application du droit à l’instruction dans la langue de la minorité par les provinces en s’adonnant à des jeux de comparaisons effectués dans une logique symétrique. Une province décide de ne pas octroyer une école pour la minorité dans tel contexte ? Les avocats plaideront ce qui s’est fait ailleurs, et « les tribunaux prendront l’exemple du Nouveau-Brunswick ou du Québec et décréteront que c’est un truc qui a été employé pour éviter de faire face aux responsabilités constitutionnelles de gouvernement de la province en question »⁴²¹.

Chrétien le répète : il s’agit des « mêmes droits » (version traduite) ; l’une et l’autre des minorités anglophones et francophones reçoivent « *exactly the same right* » (version originale)⁴²². Selon lui, la charte des droits doit donner les mêmes droits partout. Il en va de l’unité de la citoyenneté canadienne. Parlant de la marge de manœuvre que voulait se réserver plusieurs provinces lors des rencontres de l’été 1980, le ministre affirme : « J’avais l’impression au cours de l’été, dans nos discussions, que l’on s’en allait vers dix certificats

⁴²⁰ PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 38, 1980 et 1981, p. 38.

⁴²¹ *Id.*, p. 39.

⁴²² *Id.*, p. 83.

de citoyenneté au Canada, et ça, ça ne me plaît pas. Ce n'est pas le pays dans lequel je veux vivre. »⁴²³

La question de l'asymétrie est même une possibilité que les législateurs redoutent. Le 20 janvier, Jean-Robert Gauthier, député libéral franco-ontarien qui se revendique de son appartenance communautaire, exprime explicitement cette crainte à deux reprises. Il veut d'abord qu'on le rassure : « et avant d'accepter, monsieur le président, les propositions constitutionnelles traitant du droit à l'instruction dans la langue de la minorité, je voudrais être assuré que ces dispositions légales d'apparence symétrique ne soient pas asymétriques dans leur application » (version originale). Ses propos sont traduits, immédiatement, de la façon suivante : « *I want to be quite sure that those legal provisions which appear to be equal, will not be applied unequally* » ; comme si la « symétrie » était synonyme d'égalité, et l'« asymétrie », donc, d'inégalité⁴²⁴.

Gauthier enchaîne ensuite avec d'autres questions avant de revenir, quelques minutes plus tard, dans la même intervention, sur l'asymétrie. Il insiste : « comment pouvons-nous être sûr que cet article qui va s'appliquer de façon symétrique à travers tout le pays ne sera pas l'objet d'une certaine asymétrie dans son application ? » (version originale). Autrement dit, si le droit en question « *must be applied uniformly across the country* », répète-t-on dans l'autre langue officielle grâce à la traduction simultanée, comment éviter qu'il ne soit par la suite déformé ; « *how can we ensure that this section [...] will not suffer some distortion in its application ?* » (version traduite)⁴²⁵

Cette journée-là, c'est Robert Kaplan, ministre de la Justice suppléant, qui défend le projet devant le comité d'étude. Et Kaplan ne répond que vaguement qu'il sera toujours possible pour une minorité linguistique qui juge une mesure provinciale contraire à la Constitution d'en contester la légalité devant les tribunaux. Il dit donc à Gauthier, sans se prononcer directement sur le caractère condamnable ou non de l'asymétrie, qu'il trouvera toujours justice dans l'action judiciaire. Si une mesure provinciale s'écarte de la symétrie, n'ayez

⁴²³ *Id.*, p. 90.

⁴²⁴ PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 41, 1980 et 1981, p. 34.

⁴²⁵ *Id.*, p. 37.

crainte, dit-il en substance à Gauthier, car si l'asymétrie est déraisonnable, toute mesure qui s'en rapproche sera invalidée puisqu'aucune mesure déraisonnable ne pourra passer le test des tribunaux.

Ce 20 janvier, Kaplan est accompagné de Roger Tassé, sous-ministre de la Justice⁴²⁶. Celui-ci reprend, mais dans d'autres termes, l'explication du ministre suppléant. Selon Tassé, l'intention est de « donner les paramètres dans lesquels ce droit-là pourrait être exigé [...] tout en reconnaissant que l'éducation est un domaine provincial ». Gauthier craint l'asymétrie ? Tassé lui répond que la *Charte canadienne* ne changera pas le fait que ce sont les provinces qui détiennent la compétence législative en matière d'éducation. Cependant, armées de nouveaux droits constitutionnels, les minorités linguistiques pourront à l'avenir contester la légalité des mesures provinciales, et les provinces devront conséquemment justifier devant les tribunaux que celles-ci sont bien « raisonnables » si elles veulent les maintenir. Voici précisément ce que Tassé affirme devant le comité d'étude :

Chaque province décide de la façon dont, étant donné sa géographie, la dispersion de ses ressources humaines, de sa population, décide de la façon dont elle va organiser la dispensation des services scolaires ou de l'éducation. Ce que l'on dit ici et ce que la charte va reconnaître c'est que si les minorités trouvent que la façon dont les autorités provinciales se sont déchargées de cette obligation-là n'est pas raisonnable, elles pourront en appeler aux tribunaux qui, eux, pourront voir si, de fait, c'est raisonnable la façon dont on a procédé.⁴²⁷

Tassé donne l'exemple d'une mesure provinciale qui distribuerait une communauté minoritaire entre plusieurs commissions scolaires de la majorité linguistique et qui, de ce fait, priverait la minorité du nombre de membres justifiant la construction d'une école. Dans un tel cas, « le tribunal dirait », croit Tassé, que « ce n'est pas raisonnable de les éparpiller à

⁴²⁶ Roger Tassé est le haut fonctionnaire qui coordonne le travail de rédaction de la *Charte canadienne*. Radio-Canada dira plus tard qu'il en est en conséquence l'« architecte », ou même le « père » : Guy GENDRON, « Le père de la Charte des droits et libertés en faveur de celle des valeurs », *Radio-Canada*, 28 décembre 2013, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/646952/pere-charte-canadienne-droits-libertes-charte-valeur-quebecoise-laicite-roger-tasse>> (consulté le 6 janvier 2019) ; RADIO-CANADA, « Mort de Roger Tassé, architecte de la Charte canadienne des droits et liberté[s] », 21 mai 2017, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1035021/mort-roger-tasse-architecte-charte-canadienne-droits-liberte-canada>> (consulté le 6 janvier 2019).

⁴²⁷ PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 41, 1980 et 1981, p. 39.

travers plusieurs commissions parce que, à ce moment-là, vous les privez d'un droit que la constitution leur reconnaît »⁴²⁸.

Alors, l'asymétrie est-elle ou non condamnable ? À entendre Kaplan et Tassé, on peut légitimement croire qu'elle ne le sera pas toujours, condamnable, car les provinces demeurent titulaires de la compétence en matière d'éducation et elles auront la chance de démontrer le caractère raisonnable de leur gestion advenant qu'elle soit contestée devant les tribunaux.

Mais en même temps, il est frappant que jamais les législateurs ne rattachent l'éventualité d'une asymétrie à la question de l'inégalité des langues officielles ; qu'entre le français et l'anglais au Canada, et plus largement en Amérique du Nord, seul le français soit menacé, ce qui met le Québec dans une situation particulière.

Tassé reconnaît qu'une province prend des décisions en fonction de « sa géographie, la dispersion de ses ressources humaines, de sa population ». Mais qu'en est-il plus précisément des motivations liées au contexte différent des minorités françaises, de la communauté anglo-québécoise, du rôle du Québec à l'égard de la francophonie ? Sur ces questions, qui sont pourtant évidentes, Kaplan et Tassé ne glissent mots. Par contre, Chrétien l'aborde de front⁴²⁹. Et pour lui, on l'a vu, la raisonnable est nécessairement symétrique⁴³⁰.

Le 29 janvier, le député Nystrom propose d'amender le droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Il dit vouloir le rendre davantage conforme aux principes sur lesquels s'étaient

⁴²⁸ *Id.*

⁴²⁹ Sauf le 20 janvier, car il ne comparait pas cette journée-là.

⁴³⁰ Il l'a dit le 13 novembre 1980 (PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 4, 1980 et 1981, p. 30). Il l'a réitéré le 15 janvier 1981 dans ces termes : « L'avocat qui plaidera pourra dire écoutez, si c'est possible de la faire à Shawinigan pour quelques centaines d'avoir deux écoles anglophones, comment pouvez-vous, la Commission scolaire de Vancouver, refuser de le faire ? Donc, le Tribunal vous ordonne de la faire. » (PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 38, 1980 et 1981, p. 38). Il le répétera aussi à deux reprises le 29 janvier 1981 (PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 48, 1980 et 1981, p. 110 et 118).

mises d'accord les provinces à ce sujet, y compris le Québec, au terme de la rencontre tenue à Montréal en 1978.

Le communiqué qui avait été émis à l'époque traite au premier paragraphe d'un engagement des provinces à offrir l'enseignement primaire et secondaire à leurs minorités linguistiques, en anglais au Québec et en français ailleurs au Canada, là où le nombre le justifie. Nystrom insiste toutefois sur le second paragraphe du communiqué, où il est question de l'éducation comme compétence provinciale, des différents contextes culturels et démographiques qui traversent le Canada, et de la pleine marge de manœuvre qui doit être celle des provinces dans la mise en application de l'engagement :

(ii) Il est entendu, en raison de la compétence exclusive des gouvernements provinciaux en matière d'éducation et aussi des vastes différences culturelles et démographiques, qu'il appartient à chaque province de définir comme elle l'entend l'application du paragraphe précédent.

Conformément à ce principe, Nystrom veut que la *Charte canadienne* précise qu'il revient à chaque province de déterminer ce qui constitue le nombre suffisant et, aussi, de définir les contours de la minorité à qui les services sont destinés. Il cherche, avec un droit à l'instruction dans la langue de la minorité qui ne peut être qu'asymétrique, à ajouter de la flexibilité dans la Charte et à reconnaître la réalité, soit qu'il existe des différences d'une province à l'autre, et particulièrement dans le cas du Québec.

La réplique vient d'abord du député Mackasey, qui qualifie la proposition de Nystrom de « retour en arrière ». Selon lui, l'objectif de la Charte est justement de retirer des mains des provinces la marge de manœuvre qui leur a historiquement permis d'ignorer leurs minorités linguistiques. « Je ne crois pas, insiste Mackasey, que les provinces se soient montrées dignes de confiance jusqu'à présent comme le suggère le libellé de l'amendement du Parti NPD [Nouveau Parti démocratique]. »⁴³¹

Suivant Mackasey, Chrétien est encore plus tranchant. Il dit les choses clairement : « le gouvernement ne peut pas accepter cette modification ». Pourquoi ? Parce que ce qu'on

⁴³¹ PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 48, 1980 et 1981, p. 99.

cherche c'est la symétrie : « Nous avons prévu que les Francophones hors Québec pourraient jouir *des mêmes droits* que les Anglophones vivant au Québec. » (version traduite; italiques ajoutés) C'est-à-dire que les uns et les autres aient « *exactly the same rights* » (version originale). Il poursuit : « Tout ce que nous voulons faire c'est donner à tous les citoyens le droit d'être traités *de la même façon partout au pays*, en matière d'éducation. » (version traduite; italiques ajoutés) Donc, pour les citoyens, « *to have equal treatment across the land* » (version originale). Selon Chrétien, le gouvernement veut justement éviter l'asymétrie : « Cela nous ramènera à la situation que nous craignons relativement à la diversité soi-disant régionale. »⁴³²

Un vote est ensuite tenu. La proposition de Nystrom est battue : 2 voix pour, 22 contre.

Quelques minutes plus tard, Chrétien reprend encore l'illustration de l'interprétation symétrique que retiendront les tribunaux :

Comme je l'ai déjà dit à maintes reprises, les tribunaux sont chargés de comparer la situation des différentes villes. Les avocats diront par exemple : “regardez la ville de Shawinigan (qui est ma ville natale) sa population compte une très petite minorité anglophone et la ville est dotée d'une école secondaire catholique et d'une école secondaire protestante”. Et vous savez, le taux de chômage de notre région est de 20 p. 100. Et même à cela, on arrive à avoir deux écoles [pour les anglophones, une catholique et une protestante]. Ce serait donc difficile pour, mettons la ville de London, en Ontario, de dire « nous n'avons pas les moyens de faire cela ». Le revenu par tête d'habitant dans cette ville est le plus élevé du pays. C'est aussi simple que cela.⁴³³

Chrétien réitère toujours qu'il s'agit à la base de droits linguistiques symétriques : aux anglophones du Québec, « nous leur accordons *exactement le même droit* qu'ont les francophones à l'extérieur du Québec » (italiques ajoutés)⁴³⁴. Et vice versa : « Nous donnons aux Francophones hors Québec, enfin, *les mêmes droits* que la législature québécoise a toujours donnés aux anglophones au Québec, et je n'ai aucune difficulté avec cela. » (italiques ajoutés)⁴³⁵ Et encore, en utilisant d'autres mots : « on donne l'égalité à tout le

⁴³² *Id.*, p. 103.

⁴³³ *Id.*, p. 110.

⁴³⁴ *Id.*, p. 112.

⁴³⁵ *Id.*, p. 115.

monde au Canada en matière d'éducation, aux Anglophones au Québec tout comme aux Francophones hors Québec »⁴³⁶.

Toujours le 29 janvier, le sénateur Asselin se fait une nouvelle fois le défenseur des provinces, et particulièrement du Québec. Il exige de plus amples explications sur ce qu'il adviendra de la loi 101 une fois la *Charte canadienne* adoptée. Chrétien se veut alors rassurant. Selon lui, « [i]l y a un aspect de la Loi 101 qui sera affecté »; un aspect seulement⁴³⁷. Cet aspect, de dire Chrétien, c'est qu'à l'avenir, un Canadien anglophone résidant au Canada anglais aura le droit d'envoyer ses enfants à l'école anglophone au Québec s'il y déménage⁴³⁸.

Mais n'est-il pas gênant de discuter de la possibilité que soit limitée la souveraineté du Québec en matière d'éducation sans que celui-ci y consente (et, de surcroît, en son absence) ? Et n'est-il pas inconcevable de vouloir attaquer une loi adoptée à Québec à l'aide d'une autre loi élaborée cette fois à Ottawa ? Pas selon Chrétien. Car, malgré cette nouvelle limite qu'il cherche à imposer, et malgré l'attaque qu'il prépare, non seulement cette limite et cette attaque sont-elles relativement mineures à ses yeux, mais elles sont d'autant plus justifiées qu'elles sont accompagnées, « en échange », du droit à l'instruction en français à l'extérieur du Québec.

⁴³⁶ *Id.*, p. 116.

⁴³⁷ *Id.* Quelques minutes plus tard, Chrétien s'exprime de la façon suivante : « Je dis que cela va affecter marginalement la Loi 101, une loi qui, à mon sens, est allée trop loin. » (*id.*, p. 117) Plus tard, le premier ministre Trudeau recevra, à sa demande, une note d'un haut fonctionnaire au sujet de l'impact qu'aurait eu le projet de *Charte canadienne* sur la fréquentation des écoles anglophones du Québec s'il avait été en vigueur pour l'année scolaire 1979-1980. Datée du 11 juin 1981, portant la cote de sécurité « confidentiel » (donc, contenant des renseignements qui, à l'époque, pouvaient porter préjudice à l'intérêt national canadien s'ils étaient compromis), la note aborde uniquement l'impact de l'article 23(1), soit le droit rattaché à la langue maternelle, plus tard retrouvé à l'article 23(1)a). Intitulée « Estimated Impact of the Minority Language Educational Rights on the Charte de la langue française », la note estime, selon différents scénarios, que la fréquentation des écoles anglophones du Québec aurait augmenté de 5 600 élèves ou de 19 600 élèves, faisant passer la proportion d'élèves québécois recevant l'instruction en anglais de 14,7 % à 15,1 % ou 16,2 % pour l'année scolaire 1979-1980, considérant uniquement 23(1). Une autre note de service, accompagnée du même intitulé, signée par Roger Tassé, sous-ministre fédéral de la Justice, datée du 15 juin 1981 et portant aussi la cote de sécurité « confidentiel », a également été retrouvée. Elle a toutefois été soumise entièrement caviardée. Ces notes sont dans le fonds d'archives du ministère fédéral de la Justice, détenu par Bibliothèque et Archives Canada, à Ottawa. Une demande d'accès à l'information a été nécessaire pour les obtenir puisqu'elles se trouvent dans un dossier avec des documents toujours protégés par le secret professionnel des avocats.

⁴³⁸ On se souvient que la loi 101, dans sa version originale, garantissait généralement l'accès à l'école anglaise uniquement aux enfants dont l'un des parents avait lui-même fréquenté l'école anglaise au Québec (et non ailleurs au Canada).

Chrétien croit donc justifier d'arracher au Québec un morceau de sa souveraineté considérant qu'il prévoit le convertir en droit pour les minorités françaises. C'est ce qu'il plaide : « Ce n'est pas un gros prix à payer pour le Parlement du Québec de faire confirmer dans la Constitution ce que jusqu'à la Loi 101 les Anglophones avaient au Québec, *en échange* du droit définitif à l'instruction en langue française pour les Francophones hors Québec. » (italiques ajoutés)⁴³⁹ Il soumet même que les Québécois en seront reconnaissants, particulièrement ceux « qui, pendant des générations, ont fait des collectes dans nos villages [au Québec] pour aider les gens de Maillardville, de Sturgeon Falls et tout cela », où les minorités françaises luttèrent pour le droit à leurs écoles⁴⁴⁰. Ainsi, pourquoi chercher midi à quatorze heures puisqu'il s'agit de prendre du Québec, certes, mais par solidarité pour le reste de la francophonie ?

Encore, Chrétien réitère que le droit sera interprété symétriquement par les tribunaux, et ajoute même que la question des minorités linguistiques se pose dans les mêmes termes partout, au Québec et dans le reste du Canada :

les payeurs de taxes dans les petites localités comme Shawinigan, La Tuque, Sherbrooke et Drummondville [au Québec] sont obligés de payer pour ces écoles minoritaires-là. Certaines peuvent dire que ça coûte cher. Il posait la question [Jake Epp, député du Parti Progressiste-Conservateur représentant une circonscription du Manitoba] : qu'est-ce qui arrivera aux payeurs de taxes d'autres municipalités [ailleurs au Canada] ? Il ne leur arrive pas plus et pas moins qu'il arrive aux payeurs de taxes chez nous [au Québec]. C'est exactement le même problème.⁴⁴¹

À cette occasion, Chrétien répond aussi à un commentaire fait par le sénateur Arthur Tremblay, représentant une division québécoise. Celui-ci avance qu'il y a « deux types de majorité dans ce pays », c'est-à-dire « une majorité fragile au Québec qui est la majorité francophone et il y a la majorité moins fragile, anglophone dans l'ensemble du pays ». Tremblay dit alors à Chrétien que « les Québécois accepteraient peut-être mieux *l'échange* que vous leur proposez [...] si de temps en temps vous sembliez sensible au fait que la

⁴³⁹ PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 48, 1980 et 1981, p. 116.

⁴⁴⁰ *Id.*, p. 117.

⁴⁴¹ *Id.*, p. 118.

majorité québécoise francophone est une majorité constamment menacée » (italiques ajoutés)⁴⁴².

Chrétien s'en tient toutefois à dire qu'« on pourrait avoir un long débat là-dessus » et « que la culture et la langue au Québec sont moins en danger qu'elles ne l'ont été dans le passé ». Car, selon lui, la question qu'il faut régler au Québec, ce n'est pas celle de la majorité, mais celle de la minorité. Il poursuit : « le problème de la majorité fragile a été beaucoup exagéré au Québec ». S'il salue le débat qui a eu lieu à ce sujet au Québec, c'est uniquement parce qu'il « donne aujourd'hui l'occasion, pour une fois, de donner la vraie égalité en matière d'éducation au Canada »⁴⁴³.

Faut-il encore insister ? Le 3 février 1981, Chrétien le redit : « maintenant les droits des Francophones hors Québec, en termes d'éducation, sont devenus ou deviend[r]ont, par l'enchâssement dans la constitution, *les mêmes* que ceux des Anglophones du Québec. Il n'y aura donc plus deux poids, deux mesures en matière d'éducation » (italiques ajoutés)⁴⁴⁴.

Les travaux du comité prennent fin le 13 février, après 106 réunions tenues sur 56 jours, et 267 heures de discussions. Une nouvelle version du projet de *Charte canadienne* est déposée. Il s'agit de sa quatrième version. Le droit à l'instruction dans la langue de la minorité subit de légers changements, comparativement à ce qu'il prévoyait dans la troisième version du projet⁴⁴⁵. Il gardera maintenant cette forme jusqu'à l'adoption :

23. (1) Les citoyens canadiens :

- a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,
- b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont

⁴⁴² *Id.*, p. 117.

⁴⁴³ *Id.*, p. 118.

⁴⁴⁴ PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 52, 1980 et 1981, p. 73.

⁴⁴⁵ Des discussions devant le comité avaient notamment porté sur ce que le droit devait comprendre. La quatrième version utilise des termes plus larges pour ne pas limiter ce droit uniquement à un droit à une bâtisse ; il pourrait désormais inclure par exemple l'enseignement à distance (Robin ELLIOT, « Interpreting the Charter – Use of the Earlier Versions as an Aid », (1982) *U.B.C. L. Rev.* 11, 48).

reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,

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

(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.

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

a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité ;

b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics.

Il se résume en deux temps. Premièrement, il énonce les trois catégories de citoyens canadiens qui disposeront d'un droit constitutionnel pour leurs enfants : 1) ceux qui sont de langue maternelle anglaise au Québec (ou de langue maternelle française dans le reste du Canada) (23[1]a) : le droit rattaché à la langue maternelle) ; 2) ceux qui ont fréquenté l'école primaire anglaise au pays et qui résident au Québec (ou l'école primaire française au pays et qui résident dans le reste du Canada) (23[1]b) : le droit rattaché à la fréquentation scolaire des parents) ; 3) ceux dont un enfant a reçu ou reçoit l'instruction en anglais ou en français (pour permettre à leurs enfants de continuer dans la même langue en cas de déménagement ailleurs dans la province, ailleurs au pays, ou pour leur donner la liberté de changer d'école ou de réseau scolaire dans la même région) (23[2] : le droit rattaché à la fréquentation scolaires des enfants). Deuxièmement, il énonce notamment que le droit est conditionnel au nombre suffisant d'enfants pour le justifier et qu'il se finance sur les fonds publics (23[3]).

Les débats reprennent le 16 février devant la Chambre des communes et plus largement avec les provinces.

- De nouvelles négociations pourront-elles briser l'élan symétrique ?

Le 17 février, Chrétien reprend devant la Chambre le discours qu'il tenait sur les droits linguistiques lors de ses dernières comparutions devant le comité d'étude spécial. Le gouvernement entend arracher une partie de la souveraineté du Québec et, avec elle, mettre les minorités françaises et les Anglo-Québécois sur un même pied :

Je disais aussi il y a un instant qu'enfin nous allions au Canada donner aux francophones hors Québec le droit constitutionnel d'avoir des écoles de langue française dans toutes les provinces du pays et que *la contrepartie* pour obtenir ce droit qui a manqué à la Constitution canadienne depuis 114 ans n'était en somme que le fait de donner aux Québécois anglophones *les mêmes droits* que les francophones hors Québec en éducation.⁴⁴⁶

Partout, l'intention n'aura donc été que symétrie et réciprocité⁴⁴⁷.

Devant la Chambre des communes, c'est Joe Clark, le chef du Parti progressiste-conservateur chassé du pouvoir à l'élection de février 1980 après avoir été premier ministre du Canada durant quelques mois, qui tente d'incarner l'opposition à l'unilatéralisme prôné par le gouvernement Trudeau.

Mais la riposte s'organise davantage dans les provinces dissidentes. C'est devant des tribunaux d'appel provinciaux qu'on conteste en premier la constitutionnalité de la manœuvre opérée par Trudeau. Ce sont les provinces qui interviennent auprès des législateurs britanniques « pour les sensibiliser aux difficultés que peut signifier un rapatriement unilatéral pour le fédéralisme canadien »⁴⁴⁸. En 1981, huit provinces s'opposent au projet de Trudeau, le « groupe des huit » ; seuls l'Ontario et le Nouveau-Brunswick l'appuient.

⁴⁴⁶ DÉBATS DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, 32^e légis., 1^{re} sess., vol. 7, Ottawa, 1980-1981, p. 7375. Durant les débats, le passage « la contrepartie pour obtenir ce droit », prononcé en français, est traduit de la façon suivante : « the price to pay for this right ».

⁴⁴⁷ Il est fascinant de constater à quel point il est entendu par tous les parlementaires que l'intention est symétrique, autant par les partisans du projet (voir par exemple Ed Broadbent, le 17 février 1981 [*id.*, p. 7392] ; Éva Côté, le 2 mars 1981 [*id.*, p. 7783] ; Louis R. Desmarais, le 5 mars 1981 [*id.*, p. 7940] ; Gilles Marceau, le 19 mars 1981 [DÉBATS DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, 32^e légis., 1^{re} sess., vol. 8, Ottawa, 1980-1981, p. 8417] ; Marcel Ostiguy, le 21 avril 1981 [*id.*, p. 9345] ; Bob Rae, le 22 avril 1981 [DÉBATS DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, 32^e légis., 1^{re} sess., vol. 9, Ottawa, 1980-1981, p. 9403]), que par ceux qui sont plus critiques (voir par exemple Louis Duclos, le 12 mars 1981 [DÉBATS DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, 32^e légis., 1^{re} sess., vol. 7, Ottawa, 1980-1981, p. 8184-8189]).

⁴⁴⁸ Gil RÉMILLARD, « Historique du rapatriement », (1984) 25 *C. de D.* 15, 77. Québec dépose même un mémoire devant le comité du Parlement britannique chargé d'étudier le rôle que doit jouer le Royaume-Uni dans cette affaire. Il lui demande de bloquer le projet de rapatriement dans la mesure où il n'aurait pas l'appui des dix provinces canadiennes : « Toute requête pour la mise en vigueur des propositions de modification maintenant étudiées par le Parlement du Canada, qui ne serait pas appuyée par toutes les provinces, ne serait pas conforme au droit constitutionnel canadien et devrait donc être rejetée par le Parlement du Royaume-

Le 13 avril, René Lévesque est réélu à Québec :

Différentes interprétations sont données aux résultats de ces élections. Pour certains, ce n'est que la conséquence d'une piètre performance électorale du Parti libéral [du Québec, et de son chef Claude Ryan], mais pour d'autres il s'agit bel et bien d'une condamnation par les Québécois de la résolution Trudeau. Cette dernière hypothèse peut difficilement se vérifier puisque la campagne électorale a très peu porté sur la question constitutionnelle.⁴⁴⁹

Du 28 avril au 4 mai, la Cour suprême du Canada entend les parties dans l'affaire du *Renvoi sur le rapatriement*⁴⁵⁰. Elle siège en appel des avis rendus par les cours d'appel du Manitoba, de Terre-Neuve et du Québec au sujet de la constitutionnalité du projet du gouvernement Trudeau. L'avis de la Cour suprême, qui donne un peu raison à tout le monde, est publié le 28 septembre 1981.

D'une part, à 7 juges contre 2, le plus haut tribunal est d'avis que le projet de rapatriement unilatéral est légal ; ce qui conforte Trudeau. D'autre part, à 6 juges contre 3, la Cour juge toutefois qu'il existe une convention constitutionnelle, soit une sorte de coutume, exigeant l'appui d'un nombre substantiel de provinces pour opérer de tels changements ; ce qui signifie que le projet de Trudeau est de ce point de vue inconstitutionnel.

Or, le premier ministre canadien refuse de se retrouver sur la défensive. S'il ouvre la porte à de nouvelles négociations avec les provinces, ce n'est que pour réaffirmer du même coup sa détermination à aller jusqu'au bout.

Le 24 octobre, la une du *Devoir* annonce que la prochaine rencontre fédérale-provinciale, la première depuis plus d'un an, doit avoir lieu du 2 au 4 novembre 1981. « M. Chrétien a dit espérer qu'il soit encore possible d'accomplir la première phase de la réforme constitutionnelle avec l'accord des provinces, mais il a ajouté du même souffle que l'absence d'entente ne serait "pas la fin du monde" », rapporte le quotidien. Les mots utilisés par Trudeau au même moment ne disent pas autre chose : selon lui, de reprendre *Le Devoir*

Uni. » (GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Le Parlement du Royaume-Uni et les Actes de l'Amérique du Nord britannique*, Mémoire du Gouvernement du Québec présenté au « Select Committee on Foreign Affairs » de la Chambre des communes à Londres, traduction, 28 novembre 1980, p. 1.)

⁴⁴⁹ Gil RÉMILLARD, « Historique du rapatriement », (1984) 25 *C. de D.* 15, 80.

⁴⁵⁰ Elle étudie la cinquième version du projet de charte, qui n'a subi que des modifications mineures depuis la quatrième version ; aucune ne concerne le droit à l'instruction dans langue de la minorité (Robin ELLIOT, « Interpreting the Charter – Use of the Earlier Versions as an Aid », (1982) *U.B.C. L. Rev.* 11, 48).

toujours à la une, « cette conférence serait la dernière avec les premiers ministres provinciaux avant d'envoyer la résolution à Londres avec ou sans le consentement des provinces »⁴⁵¹. Il entend agir en ce sens avant la fin de l'année.

L'édition du 24 octobre du *Devoir* comprend aussi en page 9 une publicité d'une pleine page signée par le gouvernement du Québec. Elle cite plusieurs mesures adoptées à Québec, dont la loi 101, qui seraient menacées par le projet de rapatriement unilatéral : « C'est tout cela que la Charte d'Ottawa veut remettre en question. » La motion adoptée le mois précédent par le gouvernement Lévesque, avec l'appui du chef de l'opposition officielle, Claude Ryan, à l'Assemblée nationale, est reprise mot pour mot. Appuyée du volet du *Renvoi sur le rapatriement* de la Cour suprême qui décrit l'existence d'une convention constitutionnelle au sujet de l'accord des provinces, la « motion Lévesque-Ryan » dénonce l'action unilatérale du gouvernement Trudeau et le fait qu'on puisse songer à porter atteinte aux compétences du Québec sans son consentement. La publicité conclut : « Affaiblir le Québec, jamais ! »⁴⁵²

Le même jour, l'éditorial de Michel Roy est titré « Le difficile sommet de novembre ». Il dénonce l'attitude de Trudeau, qui accepte d'ouvrir à nouveau les négociations avec les provinces, mais dit au même moment vouloir « en finir » avec le rapatriement et « régler cette question une fois pour toutes » lors d'« une dernière rencontre ». Roy souligne aussi l'entêtement du premier ministre à ne s'en tenir qu'au volet de l'avis de la Cour suprême qui cautionne la légalité de son action unilatérale, sans égard à l'existence d'une convention constitutionnelle à l'effet contraire. L'éditorialiste insiste, toujours dans les pages du *Devoir* :

C'est encore une fois enfermer ses interlocuteurs dans un échancier irréaliste au nom d'un empressement politique et d'une hâte historique que rien ne justifie dans la réalité sociale du pays. Cette problématique de la précipitation constitue l'un des phénomènes les plus artificiels qu'un premier ministre ait inventé depuis le début de l'histoire de la fédération canadienne.⁴⁵³

Si Trudeau s'en tient à son désir d'agir unilatéralement, c'est qu'il a la conviction depuis quelques années qu'il ne pourra arriver à ses fins autrement. Dans ses mémoires, il parle à ce sujet de discussions qu'il a eues en 1975 et 1976 avec Robert Bourassa, alors premier ministre

⁴⁵¹ Claude TURCOTTE, « Trudeau et les dix provinces s'entendent pour le 2 novembre », *Le Devoir*, 24 octobre 1981, p. 1.

⁴⁵² GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, « Pourquoi un front commun à l'Assemblée nationale contre le plan d'Ottawa ? », *Le Devoir*, 24 octobre 1981, p. 9.

⁴⁵³ Michel ROY, « Le difficile sommet de novembre », *Le Devoir*, 24 octobre 1981, p. 16.

du Québec. D'abord intéressé par un projet de souveraineté culturelle, Bourassa, de dire Trudeau, serait ensuite devenu hésitant à engager à cette fin la province dans la voie d'une réforme constitutionnelle. La conviction de Trudeau trouverait là ses racines : « Peu après, et c'est là le fait important, l'irritation que Bourassa m'avait causée me fit déclarer publiquement ce que j'avais commencé de penser en moi-même, à savoir que le gouvernement fédéral devrait peut-être procéder unilatéralement au rapatriement de la Constitution. »⁴⁵⁴

L'arrivée de Lévesque à Québec ne confirme finalement que ce qu'il croyait déjà. Le Parti québécois au pouvoir « rendait les négociations inévitables, affirme Trudeau, mais en même temps, elle les vouait à l'échec »⁴⁵⁵. Il dit avoir mené son projet en sachant qu'il n'y avait rien à faire avec Lévesque, que jamais il n'aurait signé quoi que ce soit. Jusqu'à la toute fin, Trudeau est convaincu que Lévesque « voulait à tout prix empêcher le rapatriement, point final »⁴⁵⁶.

Son ministre de la Justice n'en pense alors pas moins. Dans ses mémoires, Chrétien rapporte des échanges qu'il a eus avec Claude Charron, ministre du gouvernement Lévesque, lors des négociations constitutionnelles de l'été 1980. Chrétien raconte :

J'avais l'habitude de soutenir devant lui que le Parti québécois devait reconnaître qu'il avait perdu le référendum et commencer à travailler avec le Canada. « Si nous réussissons à négocier la Constitution maintenant, lui dis-je, vous pourrez obtenir beaucoup pour le Québec, et la population vous en sera reconnaissante. » Je sentais parfois que Charron avait la tentation de collaborer, mais il était prisonnier de l'article premier du programme de son parti. « Jean, avait-il l'habitude de me répondre, tu sais que nous sommes séparatistes. Alors, comment veux-tu que nous signions la Constitution d'une nouvelle confédération canadienne ? »⁴⁵⁷

Et parlant de la conférence de novembre 1981, Chrétien revient sur ces échanges, pour justifier l'action fédérale : « Je ne pouvais m'empêcher de penser que le Québec traînerait de

⁴⁵⁴ Pierre ELLIOTT TRUDEAU, *Mémoires politiques*, Montréal, Le Jour, 1993, p. 222.

⁴⁵⁵ *Id.*, p. 223.

⁴⁵⁶ *Id.*, p. 284.

⁴⁵⁷ Jean CHRÉTIEN, *Dans la fosse aux lions*, nouvelle édition augmentée, Montréal, Éditions de l'Homme, 1994, p. 163 et 164. Trudeau reprend lui-même cette anecdote. Dans ses mémoires, il dit se souvenir que Chrétien lui aurait dit à l'été 1980 que Charron lui aurait dit ceci : « Écoute, Jean, avait répliqué Charron, tu perds ton temps. Nous sommes des souverainistes. Rénover les institutions canadiennes, ça ne nous intéresse pas. L'indépendance, c'est le premier article de notre programme et nous allons nous y tenir. Nous ne pouvons signer rien d'autre. Nous ne signerons jamais. » (Pierre ELLIOTT TRUDEAU, *Mémoires politiques*, Montréal, Le Jour, 1993, p. 271)

la patte. Je me souvenais d'une conversation avec Claude Charron, plus franc et plus direct que les autres membres de la délégation québécoise. Il m'avait laissé entendre qu'il n'y avait pas une seule proposition globale acceptable pour le Québec. Je le regrettais profondément »⁴⁵⁸.

Cela dit, la « conférence de la dernière chance » s'ouvre comme prévu le 2 novembre 1981. Les 2 et 3, les discussions tournent en rond. Mais le 4 novembre, un désir de trouver un terrain d'entente gagne plusieurs provinces, avec le leadership de l'Ontario. Des compromis sont proposés, par exemple, pour faire de la place au sujet qui préoccupe le plus le premier ministre canadien :

Le premier ministre [William] Bennett [de la Colombie-Britannique] annonce qu'il acceptera l'enchâssement des droits des minorités à l'éducation dans leur langue. Le premier ministre [Allan] Blakeney [de la Saskatchewan] se dit prêt lui aussi à accepter l'enchâssement des droits linguistiques si c'est nécessaire pour réaliser un compromis sur la formule d'amendement.⁴⁵⁹

Lévesque, prenant ainsi plus que jamais conscience de la fragilité du « groupe des huit », tente alors d'éviter le pire, et accepte la main tendue de Trudeau, pensant pouvoir gagner du temps. L'« entente » Ottawa-Québec permettrait la poursuite des négociations constitutionnelles sur deux ans suivies d'un référendum donnant à la population canadienne le pouvoir de trancher. Lévesque aurait répondu à l'offre de Trudeau de la façon suivante : « J'aimerais bien mener un combat contre ton idée de Charte des droits. »⁴⁶⁰

⁴⁵⁸ Jean CHRÉTIEN, *Dans la fosse aux lions*, nouvelle édition augmentée, Montréal, Éditions de l'Homme, 1994, p. 176. Dans le camp québécois, on prétend le contraire, comme l'indique Claude Morin, ministre des Affaires intergouvernementales dans le cabinet du premier ministre René Lévesque de 1976 à 1982 et responsable de défendre les positions traditionnelles du Québec durant les pourparlers constitutionnels : « notre gouvernement, qui la déplorait, acceptait démocratiquement la décision de ses citoyens (le Non) et était disposé à souscrire à des arrangements constitutionnels qui auraient été conformes à la continuité politique ("les positions traditionnelles du Québec") que, dans son programme, le PQ s'était engagé à défendre jusqu'à l'avènement de la souveraineté. » Voir Claude MORIN, *Je le dis comme je le pense*, Montréal, Boréal, 2014, p. 63 et 64. Voir aussi généralement Claude MORIN, *Lendemain piégés. Du référendum à la nuit des longs couteaux*, Montréal, Boréal, 1988.

⁴⁵⁹ Gil RÉMILLARD, « Historique du rapatriement », (1984) 25 *C. de D.* 15, 90. Claude Morin, ministre des Affaires intergouvernementales dans le cabinet Lévesque de 1976 à 1982 relate les événements de la façon suivante : « En réalité, le front commun interprovincial était en voie d'extinction depuis quelques semaines, notamment parce que des provinces de l'Ouest, contrairement à leurs engagements, avaient entrepris des pourparlers bilatéraux avec Ottawa sans en avertir les autres » (Claude MORIN, *Je le dis comme je le pense*, Montréal, Boréal, 2014, p. 62).

⁴⁶⁰ Pierre ELLIOTT TRUDEAU, *Mémoires politiques*, Montréal, Le Jour, 1993, p. 288.

Apprenant la nouvelle, les autres provinces, prétextant avoir été lâchées par Québec, se sentent dès lors complètement libres de négocier à la pièce avec Ottawa les modalités du rapatriement. C'est ce qui se produit le 4 novembre au soir et jusque dans la nuit du 5, en l'absence du Québec. René Lévesque apprend le 5 au matin que le gouvernement fédéral et toutes les autres provinces ont trouvé un terrain d'entente⁴⁶¹.

À la réunion du matin, on fait la lecture de ce qui devient l'accord du 5 novembre. Roger Tassé raconte dans ses mémoires que Trudeau demande alors à Lévesque s'il accepte l'enchâssement des droits linguistiques. Lévesque rejette évidemment cette possibilité. Trudeau poursuit ensuite en demandant aux autres premiers ministres « s'ils accepteraient que les droits linguistiques en matière d'éducation au Québec ne soient proclamés en vigueur qu'une fois que le Québec aura accepté d'être lié par les dispositions ». Aux dires de Tassé, Lévesque, « à bout de patience », aurait renchéri immédiatement : « Il n'en est pas question ! »⁴⁶²

Reste que l'accord du 5 novembre recueille la signature du gouvernement fédéral et de neuf provinces. Seul Québec s'y oppose⁴⁶³. Le projet de rapatriement, qui a désormais l'appui d'un nombre substantiel de provinces, se trouve, dans cet accord, résumé en cinq points. À

⁴⁶¹ Gil RÉMILLARD, « Historique du rapatriement », (1984) 25 *C. de D.* 15, 90-93. Une charte des droits complète (au sens où l'entend alors le gouvernement fédéral), mais accompagnée d'une clause dérogatoire. Une formule d'amendement qui prévoit un droit de retrait sans compensation financière. L'abandon complet de toute idée de référendum sur la question du rapatriement. Il ne s'agissait donc plus que de rapiécer les bouts de casse-tête qui feraient l'affaire d'à peu près tout le monde.

⁴⁶² Roger TASSÉ, *Ma vie, le droit, la Constitution et bien plus encore ! Mémoires d'un sous-ministre de la Justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 335. Québec s'oppose à l'accord du 5 novembre pour plusieurs raisons, en plus du fait qu'il n'accepte pas que sa souveraineté en matière de langue d'enseignement soit amputée. Notamment : la formule d'amendement n'accorde aucune importance au fait que le Québec forme l'une des deux majorités linguistiques du pays, ce qui confirme qu'il n'est qu'une province sur dix ; la formule d'amendement ne prévoit pas alors de compensation financière pour une province qui refuserait de consentir à un amendement constitutionnel portant sur un sujet lui donnant le droit de se retirer ; la Charte renforce le pouvoir des juges de la Cour suprême du Canada (en leur donnant de nouveaux moyens leur permettant de déclarer les lois du Québec inconstitutionnelles) sans revoir le processus de nomination de ces juges toujours contrôlé exclusivement par l'exécutif fédéral ; le droit de circulation et d'établissement limite le pouvoir du Québec de contrôler la mobilité de la main-d'œuvre.

⁴⁶³ Barry Strayer, sous-ministre adjoint de la Justice sous Jean Chrétien, croit, à l'instar de Trudeau et Chrétien, que Lévesque n'aurait jamais rien accepté. Il va même plus loin : Strayer croit que Lévesque souhaitait se retrouver isolé enfin de pouvoir plus tard transformer l'isolement du Québec en gain politique (Barry L. STRAYER, *Canada's Constitutional Revolution*, Edmonton, University of Alberta Press, 2013, p. 280).

3(c), on prévoit ceci : « Nous sommes convenus que l'article 23, qui a trait au droit à l'instruction dans la langue de la minorité, s'appliquera dans nos provinces. »⁴⁶⁴

Légalement, et même désormais au sens des conventions constitutionnelles, le Québec et la francophonie canadienne peuvent se voir imposer (après un vote favorable au Parlement canadien, et l'approbation subséquente du Royaume-Uni) les droits linguistiques symétriques qui se trouvent dans le projet de Charte depuis le début des travaux parlementaires.

Mais la question du Québec n'a pas dit son dernier mot. L'exclusion de la province francophone « laisse un arrière-goût amer à plusieurs participants »⁴⁶⁵. Le 5 novembre, « après discussion, des premiers ministres provinciaux exprimèrent l'avis que la question de l'application au Québec des droits à l'instruction au primaire et au secondaire de la minorité de la langue officielle devrait être discutée directement entre Ottawa et Québec »⁴⁶⁶. Chrétien le confirme ainsi dans ses mémoires : « Il y avait encore quelques détails à retoucher, des précisions à apporter, des difficultés à aplanir, mais tous se sentaient heureux et soulagés d'en venir finalement à un accord. »⁴⁶⁷

À ce point-ci, après plus d'une année de débats à répéter la nécessité de la symétrie et de la réciprocité, Ottawa peut-il vraiment accepter d'apporter des modifications au droit à l'instruction dans la langue de la minorité afin de recueillir l'appui du Québec ? C'est derrière des portes closes, entre le 5 et le 20 novembre, que la question est réglée. Un petit retour en arrière est ici nécessaire.

- L'espace de liberté comme tarif linguistique

Le 12 janvier 1980, Claude Ryan, chef du Parti libéral du Québec et leader officiel du camp du NON au référendum qui doit se tenir le 20 mai suivant, est l'invité de Denise Bombardier, animatrice de l'émission *Noir sur blanc* diffusée à la télévision de Radio-Canada. Ryan y commente le contenu du rapport publié par son parti deux jours plus tôt, le livre beige, qui

⁴⁶⁴ En version anglaise : « *We have agreed that the provisions of Section 23 in respect of Minority Language Education Rights will apply to our provinces.* »

⁴⁶⁵ Frédéric BASTIEN, *La bataille de Londres : dessous, secrets et coulisses du rapatriement constitutionnel*, Montréal, Boréal, 2013, p. 422.

⁴⁶⁶ Roger TASSÉ, *Ma vie, le droit, la Constitution et bien plus encore ! Mémoires d'un sous-ministre de la Justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 336.

⁴⁶⁷ Jean CHRÉTIEN, *Dans la fosse aux lions*, nouvelle édition augmentée, Montréal, Éditions de l'Homme, 1994, p. 177.

constitue une contre-proposition au projet de souveraineté-association défendu par le gouvernement du Québec. Intitulé *Une nouvelle fédération canadienne*, le rapport propose notamment un nouveau partage des compétences entre le fédéral et les provinces – qui accroîtrait l'importance de celles détenues par ces dernières – et l'enchâssement de certains droits et libertés dans la Constitution du pays. Devant la caméra, Ryan le résume de la façon suivante :

[N]ous voulons que le gouvernement fédéral cesse de se mettre le nez dans toute sorte d'affaires qui relèvent des provinces comme il l'a fait depuis 25 ans, et nous voulons en même temps qu'il conserve certains domaines qui nous paraissent essentiels pour le bon fonctionnement de l'union économique canadienne, pour la préservation de certaines libertés, de *certaines droits fondamentaux qui doivent être placés au-dessus de la volonté changeante des législatures et des gouvernements*. (italiques ajoutés)⁴⁶⁸

À sa publication, le livre beige fait très peu réagir la classe politique canadienne. Le Canada est plongé dans des élections fédérales anticipées depuis la chute du gouvernement de Joe Clark en décembre 1979. Le référendum sur l'indépendance du Québec approche. Bombardier laisse entendre à Ryan qu'il est difficile dans les circonstances pour le Canada anglais de dire ce qu'il pense vraiment du livre beige, « parce qu'on sait très bien, dit-elle, que s'il le critique trop fort, ça pourrait donner des voix au Parti québécois au Québec ».

Bon joueur, mi-résigné, Ryan le reconnaît. Il ajoute quand même que le document est d'abord conçu pour l'après-référendum et pour la prochaine élection provinciale, où il entend le soumettre à titre de « programme de changement » afin d'obtenir un mandat pour le réaliser. Alors, le peu de réactions qu'il suscite, Ryan ne s'en formalise pas. Erreur, peut-être, car la clé du rapatriement constitutionnel, version Trudeau, est pourtant là, arguera-t-on plus tard, dans son désir de voir « certains droits fondamentaux [...] être placés au-dessus de la volonté changeante des législatures et des gouvernements ».

En y regardant de plus près, le document propose rien de moins que de « revoir en profondeur les aménagements constitutionnels hérités de 1867 »⁴⁶⁹. Et de tous les « changements majeurs » qu'il faut apporter pour ne pas voir « éclater le pays », « la première et la plus

⁴⁶⁸ ARCHIVES DE RADIO-CANADA, *Le « livre beige » du Parti libéral du Québec*, émission *Noir sur blanc*, animée par Denise Bombardier, 12 janvier 1980, en ligne : <http://archives.radio-canada.ca/sports/provincial_territorial/clips/7461/> (consulté le 16 janvier 2019).

⁴⁶⁹ COMMISSION CONSTITUTIONNELLE DU PARTI LIBÉRAL DU QUÉBEC, *Une nouvelle fédération canadienne [Livre beige]*, Montréal, 9 janvier 1980, p. 3.

urgente source d'inquiétude», suggère-t-il, «émane d'un problème vieux comme la fédération, mais qui n'a jamais été vraiment résolu». Il s'agit «des rapports entre les deux peuples fondateurs» et des «problème[s]» qu'ils engendrent, qui se sont «longtemps» posés «sous l'angle des droits linguistiques des francophones en dehors du Québec»⁴⁷⁰.

En 1980, après les «politiques assimilatrices» du Canada anglais et «leurs ravages dévastateurs» sur les minorités françaises, qui ont relégué le français «au rang de langue de deuxième classe», c'est maintenant Québec qui intervient avec sa propre politique linguistique. «La question des droits linguistiques demeure donc aiguë», de souligner le livre beige⁴⁷¹.

Que faire ? Il «reste à trouver des solutions justes et durables au plan constitutionnel», croit-on, car les garanties alors existantes sont «nettement insuffisantes». Ce faisant : «Tout projet de réforme en profondeur de la constitution devra comprendre l'enchâssement de garanties linguistiques qui accorderaient aux langues française et anglaise le statut de langues officielles au Canada.» Puis le livre beige propose qu'on limite la souveraineté des provinces par des «droits linguistiques enchâssés», et notamment que «tout individu de langue française ou anglaise» puisse «exiger que son enfant reçoive, dans la province où il habite, l'enseignement primaire ou secondaire dans sa langue maternelle»⁴⁷².

Que Claude Ryan ait ainsi donné à Trudeau la clé du rapatriement constitutionnel, c'est la thèse du journaliste Jean-Pierre Proulx, qu'il défend dans un article publié en 1989 dans la Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal. Car avec le livre beige vient une primeur, soit la première fois où la proposition de limiter constitutionnellement la pleine souveraineté du Québec en matière de langue d'enseignement provient d'un parti politique québécois qui aspire à reprendre le pouvoir. Proulx l'avance :

La position constitutionnelle du Parti libéral du Québec constitue donc, à notre avis, la raison déterminante qui, en septembre 1980, amena le gouvernement Trudeau à opter clairement et définitivement pour la protection des minorités francophones et anglophones : le consensus était à portée de la main.⁴⁷³

⁴⁷⁰ *Id.*, p. 5.

⁴⁷¹ *Id.*

⁴⁷² *Id.*, p. 9.

⁴⁷³ Jean-Pierre PROULX, «Le choc des Chartes : histoire des régimes juridiques québécois et canadien en matière de langue d'enseignement», (1989) 23 *R.J.T.* 67, 149.

Lorsque Trudeau enclenche le processus après la victoire du NON au référendum du 20 mai 1980, il est déjà convaincu depuis des années qu'il devra faire sans l'accord du Québec. Il l'affirme dans ses mémoires, comme on l'a vu précédemment. De la même manière, son ministre de la Justice, Jean Chrétien, n'en est pas moins convaincu, et ce, depuis la reprise des négociations à l'été 1980. En septembre 1981, lorsque la Cour suprême du Canada rend son avis dans le *Renvoi sur le rapatriement*, Trudeau engage le pays dans la dernière ligne droite. Une convention constitutionnelle exige qu'il rallie un nombre substantiel de provinces à son projet, mais il préfère s'en tenir à la stricte légalité de ses ambitions pour forcer le jeu. Il arrache ainsi l'accord du 5 novembre 1981. Reste le Québec.

Le soir du 4 novembre et jusque dans la nuit du 5, le gouvernement fédéral et neuf des provinces cherchent le moyen de s'entendre. Chrétien apprend de ses émissaires qu'un accord est en train de naître. Toutes les provinces se rallient ? Même le Manitoba, demande-t-il ? « Dans ce cas, dit Chrétien à un collègue, il vaudrait presque mieux que le Manitoba refuse de signer. Ce serait embêtant pour Ottawa que le Québec reste seul dans son coin... »⁴⁷⁴ C'est dans ce contexte, conscient de la portée historique que pourrait prendre l'exclusion du Québec, et de son coût politique aussi, que le gouvernement fédéral reçoit des autres provinces le mandat de trouver un terrain d'entente avec Québec.

Le jour même, 5 novembre, Trudeau se présente à la Chambre des communes pour déposer « l'accord signé et conclu ce matin entre le gouvernement fédéral et neuf des premiers ministres provinciaux ». Il distribue les remerciements, et annonce : « après 54 ans d'échec [soit depuis 1927], nous avons enfin réussi à obtenir un consensus pour donner au Canada sa constitution, accompagnée d'une formule d'amendement, et à négocier une charte des droits, surtout dans le domaine des droits linguistiques »⁴⁷⁵.

À cette occasion, Trudeau dépose uniquement l'accord, résumé en cinq points, faut-il le répéter, car le projet de Charte doit être conséquemment retravaillé avant qu'une sixième version ne soit rendue publique. On sait maintenant que l'exécutif fédéral doit tenter de trouver un compromis avec Québec afin de rallier la dixième province au projet. On sait

⁴⁷⁴ Jean CHRÉTIEN, *Dans la fosse aux lions*, nouvelle édition augmentée, Montréal, Éditions de l'Homme, 1994, p. 176.

⁴⁷⁵ DÉBATS DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, 32^e légis., 1^{re} sess., vol. 11, Ottawa, 1980-1981, p. 12536.

aussi, surtout, que Trudeau est convaincu qu'un Lévesque à Québec voue les négociations « à l'échec », n'ayant pour seul objectif de faire dérailler le rapatriement, comme il l'indique dans ses mémoires.

Vaut mieux alors négocier plus sérieusement avec Claude Ryan, chef de l'opposition officielle à l'Assemblée nationale⁴⁷⁶. Lorsqu'elle reprendra le pouvoir, espère-t-on, elle aura en main les éléments lui permettant d'apposer la signature du Québec au bas de la nouvelle Constitution. D'ailleurs, n'a-t-elle pas déjà souhaité, avec le livre beige, l'enchâssement du droit à l'instruction dans la langue de la minorité ? Comme le mentionne Jean-Pierre Proulx, l'entente est, de ce point de vue, à portée de main. Mais pour l'heure, les rumeurs de nouveaux compromis avec Québec font grincer des dents à la Chambre des communes.

- Le spectre de l'asymétrie

C'était dans l'air depuis quelques semaines déjà. Le 23 octobre 1981, le quotidien montréalais *The Gazette* annonce, à la une, qu'« Ottawa pourrait battre en retraite sur la langue » (traduction libre)⁴⁷⁷. On apprend que le gouvernement fédéral songerait à jeter du lest au sujet des droits linguistiques en vue de la « conférence de la dernière chance » qui doit avoir lieu le 2 novembre suivant. Selon les informations recueillies par le quotidien, Trudeau chercherait à briser l'unité du groupe des huit opposées au rapatriement et, en particulier, à déstabiliser le premier ministre Lévesque.

⁴⁷⁶ Le politologue Léon Dion savait que Trudeau serait tenté de négocier avec Ryan plutôt qu'avec Lévesque. Dans le mémoire qu'il soumet au *Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, il qualifie l'idée d'« anti-démocratique » : « Le Parlement fédéral serait bien mal avisé de chercher à tirer profit des divisions qui existent aujourd'hui au Québec concernant le statut qu'il convient d'accorder au français et à l'anglais pour imposer arbitrairement à cette province une orientation qui viendrait substantiellement à l'encontre de la position officielle telle qu'établie par la loi 101. Se fonder sur le résultat du référendum de mai 1980 – dont l'enjeu n'était pas la question linguistique ni le contenu concret du fédéralisme renouvelé promis – ou encore sur le livre beige du Parti libéral du Québec pour procéder de la sorte serait irréaliste et anti-démocratique. Aussi longtemps, en effet, que le Parti libéral du Québec n'est pas au pouvoir et qu'il n'est pas en mesure de tenter d'amender la loi 101 dans le sens préconisé dans le livre beige, l'orientation linguistique de ce parti n'est aucunement autorisée et ne peut être reconnue que comme une indication d'une nouvelle lutte linguistique susceptible d'être éventuellement menée au Québec. » (Léon DION, *Le projet de résolution concernant la Constitution du Canada : pour une véritable politique linguistique*, mémoire présenté au Comité conjoint du Sénat et de la Chambre des Communes sur le projet de résolution concernant la constitution du Canada, 4 novembre 1980, p. 52)

⁴⁷⁷ Aileen MCCABE et Jim TRAVERS, « Ottawa May Retreat on Language », *The Gazette*, Montréal, 23 octobre 1981, p. 1 et 2.

Le jour même, à la Chambre des communes, Warren Allmand, un député libéral qui votera contre le rapatriement, représentant d'une circonscription québécoise, interpelle le ministre Chrétien directement à ce sujet :

J'ai été renversé ce matin en lisant qu'il se pourrait que le gouvernement modifie les dispositions linguistiques de la charte afin de les rendre compatibles avec celles du bill 101 au Québec. Le ministre peut-il nous dire si le gouvernement a l'intention de revenir sur sa position en ce qui concerne les droits linguistiques et, dans l'affirmative, peut-il nous expliquer la raison de ce revirement. (version traduite)⁴⁷⁸

Chrétien répond que la position du gouvernement est toujours la même. Qu'elle n'a pas changé. Mais, à l'idée d'égalité qu'il réitère, Chrétien ajoute que l'objectif est de permettre aux anglophones du reste du Canada qui déménagent au Québec d'envoyer leurs enfants à l'école de langue anglaise, d'une part, et d'autre part d'enchâsser le droit des minorités françaises à leurs propres écoles. Voici ce qu'il répond à Allmand :

Madame le Président, le premier ministre a déclaré qu'il se montrerait favorable à toute proposition visant à améliorer la charte. Ce que nous essayons de faire est très simple. Nous voulons *garantir aux Canadiens anglophones qui emménagent au Québec* le droit de fréquenter des écoles de langue anglaise. D'autre part, et pour la première fois dans l'histoire du Canada, nous voulons *constitutionnaliser le droit des Francophones des neuf autres provinces* d'avoir leurs propres écoles. S'il y a moyen d'améliorer le libellé de la disposition, tant mieux. Nos objectifs sont bien connus. Il est grand temps à notre avis d'*assurer l'égalité d'enseignement partout au Canada*, tant pour les Anglophones du Québec que pour les Francophones de toutes les autres provinces. (version traduite ; italiques ajoutés)⁴⁷⁹

Ainsi, doit-on comprendre que l'objectif n'est pas d'offrir mécaniquement exactement le même droit aux Anglo-Québécois et aux minorités françaises ? Car si c'était le cas, Chrétien n'aurait-il pas plutôt parlé réciproquement des anglophones du reste du Canada qui déménagent au Québec et des Québécois francophones qui déménagent dans le reste du Canada ? Ou encore, du droit des Anglo-Québécois à leurs écoles et pareillement du droit des minorités françaises à leurs écoles ? Difficile de trancher. Jean-Pierre Proulx, pour sa part, admet que Chrétien a été cette fois « un peu ambigu »⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ DÉBATS DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, 32^e légis., 1^{re} sess., vol. 11, Ottawa, 1980-1981, p. 12115.

⁴⁷⁹ *Id.*

⁴⁸⁰ Jean-Pierre PROULX, « Le choc des Chartes : histoire des régimes juridiques québécois et canadien en matière de langue d'enseignement », (1989) 23 *R.J.T.* 67, 161.

Ce que *The Gazette* révèle le 23 octobre, c'est qu'il existe un double malaise chez les députés libéraux fédéraux du Québec. Un malaise parce que le projet de Charte créerait dans sa forme d'alors deux catégories de nouveaux citoyens canadiens au Québec. D'une part, il y aurait les immigrants de langue maternelle anglaise qui, avec l'obtention de la citoyenneté, obtiendraient le droit d'envoyer leurs enfants à l'école de langue anglaise au Québec⁴⁸¹. D'autre part, il y aurait les autres immigrants qui, même citoyens, n'obtiendraient pas ce droit⁴⁸². Dans le premier cas, pour les immigrants de langue maternelle anglaise devenus citoyens, la *Charte canadienne* serait suffisamment large (et, considérant sa nature constitutionnelle) pour déclasser la loi 101 et leur ouvrir les portes de l'école anglophone. Dans le second, pour les autres immigrants devenus citoyens, la *Charte canadienne* serait trop stricte et permettrait donc aux dispositions de la loi 101 de poursuivre leur œuvre civilisatrice en faveur du français au Québec.

L'autre malaise des députés libéraux fédéraux du Québec est lié à la position prise par l'Assemblée nationale du Québec. On se souvient de cette « motion Lévesque-Ryan » adoptée le 30 septembre 1981 condamnant l'action unilatérale du gouvernement fédéral. Dans ce contexte, en jetant du lest, en rapprochant le projet de Charte canadienne de ce qui est prévu dans la loi 101, c'est-à-dire « *bring it into line with Quebec's Bill 101* » selon ce que rapporte le quotidien montréalais, le gouvernement fédéral pourrait briser ce double malaise⁴⁸³.

En battant en retraite, en retirant une disposition du droit à l'instruction dans la langue de la minorité, le projet de Charte n'aurait plus l'effet de créer deux catégories de nouveaux citoyens canadiens au Québec. Tous les immigrants auraient l'obligation de fréquenter l'école de langue française (conformément à la loi 101), même ceux de langue maternelle

⁴⁸¹ Car le droit à l'instruction dans la langue de la minorité du projet de Charte est alors concédé au Québec à tous citoyens canadiens de langue maternelle anglaise.

⁴⁸² Car le droit à l'instruction dans la langue de la minorité du projet de Charte est alors concédé au Québec à tous les citoyens canadiens qui sont soit 1) de langue maternelle anglaise ou 2) qui ont eux-mêmes reçu l'instruction primaire en anglais au Canada ou 3) dont l'un des enfants a reçu ou reçoit l'instruction primaire ou secondaire en anglais. Donc, l'immigrant d'une langue maternelle autre que l'anglais qui obtient sa citoyenneté canadienne doit, s'il n'entre dans aucune de ces trois catégories, envoyer ses enfants à l'école de langue française puisque la loi 101 l'exige.

⁴⁸³ Aileen MCCABE et Jim TRAVERS, « Ottawa may retreat on language », *The Gazette*, Montréal, 23 octobre 1981, p. 1 et 2.

anglaise, même ceux ayant obtenu la citoyenneté canadienne⁴⁸⁴. Ryan pourrait aussi transformer cette concession en gain politique obtenu par le Parti libéral du Québec, s'y rallier et briser la position exprimée plus tôt par l'Assemblée nationale du Québec, fragilisant du même coup la politique de René Lévesque.

Le 24 octobre, c'est *Le Devoir* qui fait état des « rumeurs qui circulent sur les changements qui pourraient être apportés à la Charte » afin de la rendre « plus conforme à la loi 101 du Québec »⁴⁸⁵. Après l'échange Allmand-Chrétien la veille à la Chambre des communes, le ministre décide toutefois de démentir : « Un peu plus tard devant les journalistes, M. Chrétien a précisé que les nouvelles annonçant ou prédisant des changements à la Charte n'étaient que des spéculations »⁴⁸⁶.

Quoi qu'il en soit, l'accord du 5 novembre ne comprend aucune concession au sujet des droits linguistiques. Le document déposé devant la Chambre des communes par le premier ministre Trudeau n'est, lui, l'objet d'aucune ambiguïté. Son point 3(c), rappelons-le, prévoit ceci : « Nous sommes convenus que l'article 23, qui a trait au droit à l'instruction dans la langue de la minorité, s'appliquera dans nos provinces. »

Le 9 novembre, à la Chambre des communes, un député libéral pose des questions à Trudeau à propos de la poursuite des négociations avec Québec. Le premier ministre répond que son gouvernement cherche à voir si des « accommodements » ou des « formules de compromis » ne pourraient pas rallier le Québec au projet de rapatriement⁴⁸⁷. Puis, tout en avouant croire improbable toute entente avec Lévesque, il confirme être en train d'évaluer une proposition que lui a transmise le chef libéral à Québec, Claude Ryan⁴⁸⁸.

⁴⁸⁴ Le droit existerait toujours au Québec, selon le projet de *Charte canadienne*, dans l'une ou l'autre des deux autres conditions : dans les cas où les parents citoyens canadiens ont eux-mêmes reçu l'instruction primaire en anglais au Canada ou encore lorsque l'un des enfants a reçu ou reçoit l'instruction primaire ou secondaire en anglais.

⁴⁸⁵ Claude TURCOTTE, « Trudeau et les dix provinces s'entendent pour le 2 novembre », *Le Devoir*, 24 octobre 1981, p. 1 et 18

⁴⁸⁶ *Id.*, p. 18.

⁴⁸⁷ DÉBATS DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, 32^e légis., 1^{re} sess., vol. 11, Ottawa, 1980-1981, p. 12633.

⁴⁸⁸ La proposition a été communiquée le 8 novembre à Roger Tassé, sous-ministre fédéral de la Justice. Ryan demande *grosso modo* que deux dispositions du droit à l'instruction dans la langue de la minorité ne trouvent pas applications au Québec : « que le critère de la langue maternelle (alinéa [ou sous-paragraphe] 23[1]a) et l'accès à l'école anglaise aux citoyens allophones des autres provinces s'établissant au Québec (paragraphe 23[2]) devraient être assujettis soit à une clause dérogatoire ("nonobstant"), soit à une clause d'adhésion

Aussitôt, Joe Clark, qui dirige l'opposition officielle, saisit la balle au bond pour se faire un peu plus insistant. Il doute essentiellement de la sincérité du gouvernement. Ce dernier cherche-t-il vraiment à s'entendre avec Québec ? Sa question fait réagir :

Clark : Ce que je voudrais c'est que le premier ministre s'engage à essayer par tous les moyens à s'entendre avec le Québec et qu'il nous affirme qu'il ne placera pas artificiellement des obstacles susceptibles...

Des voix : Oh !

Clark :... des obstacles susceptibles d'entraver la conclusion de cette entente. (version traduite)⁴⁸⁹

Trudeau répond qu'il cherche d'abord à rester fidèle au principe qui guide son gouvernement au sujet des droits linguistiques depuis la reprise des négociations à l'été 1980. On comprend qu'il tient à des droits symétriques :

[J]e me demande si le leader de l'opposition pourrait définir ce qu'il entend par obstacle artificiel. Par exemple, pour ce qui est des droits des minorités dans le domaine linguistique et de l'éducation, estime-t-il que le gouvernement met une entrave artificielle en essayant d'assurer aux Canadiens anglophones vivant au Québec *les mêmes droits* que ceux que les Canadiens francophones résidant dans d'autres provinces ont actuellement ? Si nous insistons sur ce point, le leader de l'opposition considérera-t-il que nous entravons artificiellement le processus ? (version traduite ; italiques ajoutés)⁴⁹⁰

Quelques minutes plus tard, le député Allmand demande à être rassuré une nouvelle fois. Il revient sur l'échange qu'il a eu avec Chrétien le 23 octobre précédent. Inquiet devant la rumeur, doutant qu'Ottawa puisse « édulcorer » le projet de Charte pour plaire à Québec, Allmand dit avoir été satisfait de la réponse offerte alors par Chrétien⁴⁹¹. Manifestement, l'objectif d'« égalité d'enseignement partout au Canada » réitéré par le ministre le 23 octobre était pour Allmand une promesse de fidélité à des droits symétriques.

Maintenant, la poursuite des négociations avec Québec ravive ses inquiétudes. Allmand n'aime pas l'incertitude que fait planer la démarche au-dessus des droits linguistiques : « On

(*opting in*), soit à un droit de retrait (*opting out*) ou encore que le paragraphe 23(2) devrait être limité aux citoyens canadiens qui satisfont aux conditions de l'article 23 en date du 5 novembre 1981 (et non par après) » (Roger TASSÉ, *Ma vie, le droit, la Constitution et bien plus encore ! Mémoires d'un sous-ministre de la Justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 338).

⁴⁸⁹ DÉBATS DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, 32^e légis., 1^{re} sess., vol. 11, Ottawa, 1980-1981, p. 12634.

⁴⁹⁰ *Id.* Dans la version originale : « *the same rights* ».

⁴⁹¹ *Id.*, p. 12681.

ne sait toujours pas quelle sera au juste la règle pour le Québec. Le gouvernement a dit qu'il donnerait un certain temps au gouvernement du Québec pour étudier à nouveau ces dispositions et qu'il accepterait éventuellement de négocier une entente avec cette province. » Et le député est persuadé que seule une solution à une règle unique peut s'imposer :

[J]e ne vois pas très bien comment, dans un domaine aussi délicat que celui-là, on pourrait appliquer une mesure pour protéger les droits des minorités francophones dans les neuf provinces à majorité anglophones tout en adoptant une autre règle pour le Québec. Je ne crois pas qu'il soit possible d'accepter deux poids deux mesures au niveau des droits linguistiques, c'est-à-dire d'appliquer une règle au Québec et d'en appliquer une autre aux provinces anglophones.⁴⁹²

Allmand ne conçoit pas la justice autrement. Elle exige la même règle appliquée partout. Ainsi, si le gouvernement fédéral veut modifier le droit à l'instruction dans la langue de la minorité pour satisfaire Québec, le député est convaincu que l'arrangement modifiera par la même occasion le droit applicable dans le reste du Canada. Allmand prend Chrétien au sérieux. La protection de l'anglais au Québec est la contrepartie de la protection du français dans le reste du Canada. Il l'affirme sans détour : « je ne vois pas très bien comment on pourrait revenir sur l'article 23 pour satisfaire le Québec et, par conséquent, l'affaiblir pour toutes les autres provinces » (version traduite)⁴⁹³.

La réponse gouvernementale lui vient de Jim Peterson, secrétaire parlementaire du ministre Chrétien. Elle a tout pour le rassurer à nouveau : « Le gouvernement fédéral a toujours défendu et continue de défendre le principe de *l'octroi uniforme*, dans l'ensemble du pays, du droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Et ce n'est pas en ce moment que nous entendons abandonner ce principe. » (version traduite ; italiques ajoutés)⁴⁹⁴ Peterson poursuit en disant qu'une entente avec Lévesque est improbable, même si Lévesque lui-même a déjà consenti à « l'octroi réciproque des droits linguistiques » par le passé, et même si l'accord du

⁴⁹² *Id.*, p. 12682.

⁴⁹³ *Id.* C'est dit de la façon suivante dans la version originale : « *retreat or weaken Section 23 to satisfy Quebec and therefore weaken it with respect to all of the other provinces as well* ».

⁴⁹⁴ *Id.* Le « principe de l'octroi uniforme, dans l'ensemble du pays », tel que rapporté dans la version traduite des débats, est, dans la version originale, formulé ainsi : « *the principle of granting minority language education rights equally throughout this country* ».

5 novembre ne fait justement rien de plus qu'« accorder la réciprocité »⁴⁹⁵. Il confirme que des échanges ont lieu avec Claude Ryan⁴⁹⁶.

Le 20 novembre, Chrétien dépose devant la Chambre des communes la nouvelle version du projet de Charte, la sixième, retravaillée à partir de l'accord du 5 novembre. Le droit à l'instruction dans la langue de la minorité est rédigé exactement comme il l'était dans la cinquième version, inchangé depuis la quatrième version déposée à la Chambre des communes en février 1981 après les travaux du *Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*⁴⁹⁷.

Un nouvel article est toutefois ajouté au projet : il s'agit d'une clause d'adhésion, qui suspend pour le Québec seulement l'application d'un sous-paragraphe du droit à l'instruction dans la langue de la minorité jusqu'à ce que le gouvernement québécois ou l'Assemblée nationale indique y adhérer (alors prévue à l'article 58). Ainsi, dans le reste du Canada, les citoyens canadiens de langue maternelle française disposeraient (à certaines conditions) de ce droit, mais en même temps, au Québec, le même droit pour les citoyens canadiens de langue maternelle anglaise serait suspendu jusqu'à ce que Québec autorise son application chez lui.

Autrement dit, trois catégories de citoyens canadiens disposeraient d'un droit constitutionnel à l'enseignement en français pour leurs enfants au Canada anglais (ceux qui peuvent s'y rattacher par la langue maternelle, la fréquentation scolaire des parents ou la fréquentation scolaire des enfants), alors qu'au Québec deux catégories de citoyens seulement se verraient reconnaître ce droit pour l'enseignement en anglais (ceux qui peuvent s'y rattacher par la fréquentation scolaire des parents ou la fréquentation scolaire des enfants). Jean-Pierre Proulx parle d'une « tentative de compromis politique »⁴⁹⁸. Voici le texte de la clause d'adhésion :

⁴⁹⁵ *Id.*

⁴⁹⁶ Le 17 novembre 1981, Chrétien dit à la Chambre des communes qu'il est impossible de s'entendre avec Lévesque (*id.*, p. 12835).

⁴⁹⁷ Robin ELLIOT, « Interpreting the Charter – Use of the Earlier Versions as an Aid », (1982) *U.B.C. L. Rev.* 11, 48.

⁴⁹⁸ Jean-Pierre PROULX, « Le choc des Chartes : histoire des régimes juridiques québécois et canadien en matière de langue d'enseignement », (1989) 23 *R.J.T.* 67, 163.

58. (1) L'alinéa [ou sous-paragraphe] 23(1)a) entre en vigueur pour le Québec à la date fixée par proclamation de la Reine ou du gouverneur général sous le grand sceau du Canada.

(2) La proclamation visée au paragraphe (1) ne peut être prise *qu'après autorisation de l'Assemblée législative ou du gouvernement du Québec.* (italiques ajoutés)⁴⁹⁹

Malgré cet ajout, le nouveau projet ne reçoit pas davantage l'appui du gouvernement du Québec. Lorsqu'il en fait la présentation devant la Chambre, Chrétien ne tente pas d'esquiver cette question. Au contraire, il l'aborde directement. Selon lui, même si le gouvernement du Québec s'oppose au projet, les Québécois, eux, l'appuient. Pour Chrétien, la voix du Québec n'est pas à Québec. Elle est à Ottawa. Ce sont les députés libéraux fédéraux du Québec qui l'incarnent :

[I]l faut absolument distinguer les intérêts du Québec et ceux du Parti Québécois. Chaque fois qu'elle a eu à choisir, la population du Québec s'est prononcée clairement en faveur du Canada. Nous avons décidé d'écouter ceux et celles qui ont été élus, comme fédéralistes, pour représenter les Québécois à la Chambre des communes, plutôt que d'écouter les membres péquistes du gouvernement du Québec qui jouent les séparatistes une fois élus, mais qui gagnent leurs élections en promettant de ne pas faire la séparation au cours de leur mandat.⁵⁰⁰

Chrétien poursuit. Le droit à l'instruction dans la langue de la minorité, avec une clause d'adhésion visant précisément le Québec, c'est le fait de la « vigilance » des députés libéraux fédéraux du Québec et des « suggestions constructives du chef du Parti libéral du Québec », Claude Ryan.

Chrétien reconnaît donc que le projet a subi un changement depuis la signature de l'accord du 5 novembre et que Claude Ryan y est pour quelque chose. Il le souligne et il s'en félicite. Et malgré ce changement, Chrétien prend soin de réitérer que rien n'a été sacrifié. Les droits linguistiques restent fidèles à l'idéal symétrique qui anime le gouvernement fédéral depuis le début de l'aventure :

Les Québécois n'ont jamais voulu abuser de la minorité anglophone, et je pense qu'aujourd'hui ils sont d'accord que lorsque nous obtenons enfin la protection à l'éducation pour les minorités françaises dans les neuf autres provinces, il n'est que

⁴⁹⁹ Cette clause d'adhésion sera déplacée à l'article 59 après le vote final à la Chambre des Communes.

⁵⁰⁰ DÉBATS DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, 32^e légis., 1^{re} sess., vol. 12, Ottawa, 1980-1981, p. 13044. Un autre député libéral plaide semblablement le 23 novembre 1981 : *id.*, p. 13134.

juste et équitable que nous fassions *exactement la même chose*, ce que nous avons fait depuis 114 ans pour la minorité anglophone du Québec. (italiques ajoutés)⁵⁰¹

Ces mots sont les derniers que prononce Chrétien à la Chambre des communes au sujet du droit à l'instruction dans la langue de la minorité avant le vote final sur le projet de rapatriement. Ceux-ci laissent perplexe, c'est le moins qu'on puisse dire. Comment Chrétien peut-il maintenir que le droit offre une protection parfaitement réciproque pour la minorité officielle du Québec et celles du reste du Canada s'il admet par ailleurs qu'une concession a été faite pour le volet québécois seulement ? D'autres parlementaires commentent ce fait après lui. Car les débats se poursuivent encore quelques jours à la Chambre des communes. Le Sénat se saisit ensuite du projet, et le parlement britannique, enfin.

- L'asymétrie admise et commentée

Le 20 novembre, après la présentation de Chrétien, Ed Broadbent, chef de la deuxième opposition, se lève pour défendre le projet de Charte tel qu'il est rédigé. Il en fait une interprétation plutôt originale. Contrairement à Chrétien, Broadbent conçoit l'égalité retrouvée dans le droit à l'instruction dans la langue de la minorité comme une égalité désormais compatible avec une prise en compte du caractère particulier du Québec :

L'école anglaise n'est plus ouverte à tous au Québec. Les enfants des immigrants devront fréquenter l'école française. De même, seuls les Canadiens ayant fréquenté l'école primaire anglaise au Canada pourront envoyer leurs enfants à l'école anglaise au Québec. Ces modifications respectent davantage le caractère particulier du Québec.⁵⁰²

De plus, Broadbent défend le projet comme s'il s'agit d'un début, auquel des améliorations pourront être plus tard apportées. Concernant le Québec, il croit qu'il faudra lui assurer une marge de manœuvre suffisante pour qu'il puisse réagir aux mouvements qui pourraient à l'avenir déstabiliser son équilibre linguistique. Au sujet des minorités françaises, l'amélioration à prévoir touche à l'administration des structures : « Après 114 ans, des progrès restent à accomplir afin que d'ici peu de temps les francophones hors Québec

⁵⁰¹ DÉBATS DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, 32^e légis., 1^{re} sess., vol. 12, Ottawa, 1980-1981, p. 13044.

⁵⁰² *Id.*, p. 13055. Un député libéral souligne le 24 novembre 1981 l'obligation qu'auront les immigrants de fréquenter l'école de langue française au Québec en parlant d'un « compromis » et non de la reconnaissance de la spécificité québécoise : *id.*, p. 13194.

puissent contrôler leurs institutions scolaires et sociales, tout comme les anglophones contrôlent les leurs au Québec. »⁵⁰³

Le 23 novembre, le gouvernement dépêche Donald J. Johnston, président du Conseil du trésor, pour commenter l'ajout de la clause d'adhésion au projet. Celui-ci explique d'abord que le droit rattaché à la langue maternelle « est essentiel pour assurer la protection de la minorité francophone hors Québec », car les écoles françaises ont souvent été inexistantes dans le reste du Canada⁵⁰⁴. À l'extérieur du Québec donc, les droits rattachés à la fréquentation scolaire des parents ou des enfants sont insuffisants; d'authentiques francophones ne pourront s'en réclamer faute d'écoles françaises dans leur province. C'est pourquoi il faut y prévoir un droit rattaché à la langue maternelle.

Mais au Québec, poursuit Johnston, « la situation est différente », car les anglophones ont toujours disposé d'écoles de langue anglaise⁵⁰⁵. La suspension du droit rattaché à la langue maternelle au Québec trouve là sa première justification. Tout compte fait, tous les Anglo-Québécois pourront se réclamer des droits rattachés à la fréquentation scolaire des parents ou des enfants⁵⁰⁶.

L'autre justification de Johnston relève du réalisme politique. Il faut l'appuyer même si dans « le monde rationnel de la pure théorie » on peut souhaiter voir le droit à l'instruction dans la langue de la minorité être « imposé en entier » au Québec. Le droit « imposé en entier », dit-il, « ce serait non seulement l'attitude logique à adopter, mais aussi dans le monde actuel, ce serait agir comme une personne civilisée ». Il croit cependant que « la prudence et la sagesse politiques dictent une autre ligne de conduite ». Car l'absence de clause d'adhésion ne ferait que faire le jeu des souverainistes à Québec : « Nous ne devons pas gagner la bataille pour ensuite perdre la guerre. La guerre contre le séparatisme se poursuit. Mes collègues du

⁵⁰³ *Id.*, p. 13055. Le député libéral franco-ontarien Jean-Robert Gauthier n'accepte pas ce report à plus tard de l'amélioration du droit en faveur des francophones hors Québec. Il souligne le 23 novembre 1981 que les premiers ministres de la Colombie-Britannique (Bill Bennett) et de l'Ontario (Bill Davis) ont défendu le projet en prétendant qu'il n'allait essentiellement rien changer pour le français dans leur province respective : *id.*, p. 13146 (à ce sujet, voir aussi *id.*, p. 13606)

⁵⁰⁴ *Id.*, p. 13116.

⁵⁰⁵ *Id.*

⁵⁰⁶ Un autre député libéral parle de ces différences entre la réalité des minorités françaises et celle des Anglo-Québécois le 24 novembre 1981 : *id.*, p. 13223 et 13224.

Québec sont convaincus qu'on interpréterait mal l'imposition de la disposition sur la langue maternelle et que cela donnerait une arme dangereuse aux partisans du séparatisme. »⁵⁰⁷

Le vote a lieu le 2 décembre 1981. Juste avant, une tribune est offerte aux députés qui souhaitent dénoncer l'ajout de cette clause d'adhésion en faveur du Québec.

Le 30 novembre, le député Gordon Tower, un élu du Parti progressiste-conservateur représentant une circonscription albertaine, affirme être incapable d'appuyer cette clause : « Je ne puis concevoir un Canada dont tous les ressortissants ne jouiraient pas de la même égalité dans les dix provinces. Je ne puis imaginer un Canada où il existerait un règlement pour neuf provinces et un autre pour la dixième. » Il sait que l'application du droit rattaché à la langue maternelle au Québec pourrait être « de la dynamite au point de vue politique », mais il n'en démord pas : « Le bilinguisme et le projet de loi 101 ne peuvent pas coexister dans notre pays. »⁵⁰⁸

Quelques instants plus tard, Bryce Mackasey, libéral élu dans une circonscription ontarienne, indique qu'il se « désolé un peu de ce que l'application de l'article 23 soit limitée en ce qui concerne les anglophones de mon ancienne province, le Québec »⁵⁰⁹. Il plaide en faveur du projet qu'a toujours défendu Trudeau, à savoir lutter contre la territorialisation du français au Québec et de l'anglais dans le reste du Canada. Se faisant, il annonce : « Je ne sais pas comment je vais voter sur l'article 58. Il me dérange, il me tracasse, il m'inquiète. »⁵¹⁰

Mackasey poursuit en décrivant les torts causés par la loi 101. Les Anglo-Québécois verraient leurs effectifs scolaires diminués depuis son adoption et il s'en désolé. Il ajoute :

Malheureusement, l'article 58 retarde indéfiniment l'application de tout remède à cette situation jusqu'à ce qu'un gouvernement provincial plus éclairé adopte la

⁵⁰⁷ *Id.*, p. 13117. Un autre député libéral ajoute le 24 novembre 1981 que la suspension n'a qu'un caractère temporaire (il s'agit de laisser de côté un sous-paragraphe « pour le moment »), avec la conviction que le Québec y adhérerait dès le retour du Parti libéral du Québec au pouvoir : *id.*, p. 13225. En attendant le retour des fédéralistes à Québec, un ministre franco-ontarien (Jean-Jacques Blais) se dit « bouleversé » par l'abandon des minorités françaises par Lévesque. « [C]'est une calamité », ajoute-t-il le 25 novembre 1981 (*id.*, p. 13279). Le 1^{er} décembre 1981, le ministre Pierre De Bané, élu dans une circonscription fédérale québécoise, dénonce la politique du gouvernement Lévesque, qui n'hésite pas à « trahir » les francophones hors Québec (*id.*, p. 13610).

⁵⁰⁸ *Id.*, p. 13510.

⁵⁰⁹ Un autre député libéral avait fait un commentaire semblable le 20 novembre précédent : « Mon seul regret, c'est que cette résolution ne donne pas tout à fait les mêmes droits à la minorité anglaise du Québec ; presque, mais pas tout à fait. » (*id.*, p. 13057)

⁵¹⁰ *Id.*, p. 13518.

disposition concernant la langue maternelle. Il est regrettable que nous n'ayons pas eu la générosité d'esprit de le faire maintenant. Je parle en toute sincérité. Je ne le cache pas ; cela me déçoit.⁵¹¹

Mais Mackasey est d'avis qu'il doit faire preuve de réalisme politique, un peu comme son collègue Johnston l'a souligné le 23 novembre dans son ultime justification à la clause d'adhésion :

[J]e vais probablement appuyer cette résolution à contrecœur, pas aussi volontiers que je l'aurais fait si l'article 58 n'avait pas été ajouté à la résolution il y a deux semaines. J'accepte l'explication que le président du Conseil du trésor a donnée il y a une semaine à la Chambre. J'accepte les rappels que fait périodiquement le premier ministre pour signaler que le mieux peut être l'ennemi du bien.⁵¹²

Le 1^{er} décembre, c'est le député Allmand qui trouve l'accommodement en faveur du Québec « tellement choquant et discriminatoire »⁵¹³. Il « est discriminatoire, car il stipule que certaines parties de l'article 23 ne s'appliqueront pas à la minorité anglophone du Québec »⁵¹⁴.

La Chambre des communes est appelée à voter le projet de rapatriement le lendemain, 2 décembre. Dès le 3 décembre, le Sénat s'en saisit pour un nouveau débat. Rien n'est véritablement ajouté à ce qui a été dit jusqu'ici, ou très peu⁵¹⁵. Le projet est voté le 8 décembre 1981, et il est immédiatement adressé au Parlement britannique.

⁵¹¹ *Id.*, p. 13519.

⁵¹² *Id.*, p. 13520.

⁵¹³ *Id.*, p. 13589.

⁵¹⁴ *Id.*, p. 13593. Quelques parlementaires passent outre et réaffirment quand même le caractère symétrique du droit tel qu'il est rédigé dans cette dernière version. Louis Duclos, député libéral fédéral représentant une circonscription québécoise, revient le 1^{er} décembre 1981 sur le fait qu'il s'agit d'échanger une partie de la souveraineté du Québec contre des droits pour les minorités françaises (*id.*, p. 13605). Le ministre Pierre De Bané, élu d'une circonscription du Québec, reprend quant à lui l'idée de Chrétien selon laquelle les tribunaux interpréteront la Charte en comparant la situation des Anglo-Québécois et celle des minorités françaises. Le 1^{er} décembre 1981, il indique « qu'une disposition constitutionnelle s'applique de la même façon à l'intérieur d'un même pays » et que « la Cour suprême saura respecter le même étalon dans toutes les provinces canadiennes » (*id.*, p. 13610).

⁵¹⁵ Le 3 décembre, un sénateur parle de la clause d'adhésion comme d'« un pouvoir arbitraire et excessif » donné au Québec, mais ajoute qu'il peut faire avec « étant donné la situation particulière du Québec » (DÉBATS DU SENAT, 32^e légis., 1^{re} sess., vol. 3, Ottawa, 1980-1983, p. 3179). Le 4 décembre, trois sénateurs disent que le sous-paragraphe qui rattache un droit au critère de la langue maternelle des parents serait « inapplicable » au Québec en ce qu'il créerait des « complications ». L'expérience de la Loi sur la langue officielle (la loi 22), en vigueur au Québec de 1974 à 1977, est rappelée comme preuve que ce genre de droit rattaché à la langue maternelle ne peut fonctionner (*id.*, p. 3225, 3229 et 3230). En contexte québécois, l'attrait pour l'école anglaise est tel que tout outil cherchant à filtrer les ayants droit en séparant ceux qui ont l'anglais comme langue maternelle de ceux dont c'est une simple langue d'usage ne peut que générer frustration et sentiment d'injustice en plus de donner des airs d'arbitraire. Un sénateur avance

À Londres, il est présenté devant la Chambre des communes, puis devant la Chambre des lords. Le gouvernement britannique décide finalement de favoriser l'adoption du projet dans la forme suggérée par le gouvernement canadien⁵¹⁶. Le 18 mars 1982, Lord William Graham Shaughnessy, un membre de la Chambre des lords depuis 38 ans, mais qui prononce cette journée le premier discours de sa carrière politique, se présente afin de défendre le projet de rapatriement. Bien qu'il soit né à Montréal, il a hérité du titre de baron de son grand-père, ce qui lui donne alors un siège à la Chambre. L'homme est un ancien de l'Université Bishop's à Sherbrooke (Québec) et un proche du Parti libéral fédéral, pour avoir déjà travaillé notamment pour un ministre libéral fédéral à Ottawa par le passé⁵¹⁷. Il commente en particulier la question du Québec.

Shaughnessy mentionne certaines des objections du Québec au projet ; les droits linguistiques, la formule d'amendement qui ne fait aucune place à sa spécificité. Mais le Lord croit qu'il n'y a de toute façon rien à faire pour contenter le gouvernement du Parti québécois. Selon lui, Lévesque n'accepterait aucune proposition de renouvellement du fédéralisme, quelle qu'elle soit. Puis, conscient de briser la règle selon laquelle tout discours à la Chambre des lords doit se faire en anglais, il se permet les quelques mots français que voici :

Malgré l'attitude déclarée par le Gouvernement du Québec, il faut que nous nous souvenions que le peuple du Québec, dans un plébiscite l'année dernière, a rejeté la proposition de séparation politique. J'espère, comme je pense espère aussi la grande majorité des Canadiens, que les Québécois retiennent la même résolution aujourd'hui et qu'ils sont préparés à continuer comme une des nations fondatrices, avec la grande entreprise canadienne.⁵¹⁸

Shaughnessy dit quand même regretter qu'aucune entente n'ait été possible avec Québec. Il souligne aussi les conséquences de la clause d'adhésion ajoutée au projet, à savoir

également, manifestement sans succès, que le droit à l'instruction dans la langue de la minorité soit prévu dans deux articles distincts, un applicable au Québec et l'autre dans le reste du Canada (*id.*, p. 3230). Le 8 décembre, un vote a lieu sur la proposition d'étendre la clause d'adhésion à tout le droit à l'instruction dans la langue de la minorité. La proposition est battue.

⁵¹⁶ En février et mars 1982, la Chambre des communes britannique étudie quand même le projet article par article et des propositions d'amendements sont débattues. Un vote est tenu sur certaines relatives aux droits des autochtones. Aucune n'est adoptée (Anne BAYEFSKY, *Canada's Constitution Act 1982 & Amendments : A Documentary History*, vol. 2, Toronto, McGraw-Hill Ryerson Limited, 1989, p. 940).

⁵¹⁷ THE TELEGRAPH, « Lord Shaughnessy », 2 juin 2003, en ligne : <<https://www.telegraph.co.uk/news/obituaries/1431696/Lord-Shaughnessy.html>> (consulté le 21 janvier 2019).

⁵¹⁸ HOUSE OF LORDS HANSARD, vol. 428, Londres, p. 771.

« l'appréhension de la minorité anglophone du Québec devant leurs droits linguistiques menacés par certaines dispositions du projet » (traduction libre)⁵¹⁹. Le Lord se permet quand même un peu d'espoir en disant que la nouvelle Constitution pourra être améliorée une prochaine fois, qu'il s'agit d'un compromis et que tout compromis est par nature imparfait. Malgré ses faiblesses, il demande à ses collègues de la Chambre des lords de voter en faveur du projet. Le projet reçoit la sanction royale le 29 mars 1982. Il entre en vigueur le 17 avril suivant.

Cette clause d'adhésion, est-ce l'asymétrie qui s'impose dans l'effort d'un ultime compromis ? Ou est-ce un détour obligé pour voir triompher la pensée politique de Trudeau ? Retour une dernière fois sur les négociations qui, à partir du 5 novembre 1981, aboutissent au dépôt de la dernière version du projet de Charte quinze jours plus tard.

- L'asymétrie comme réalité ou la symétrie comme idéal ?

Le matin du 5 novembre 1981, Lévesque apprend que tous les autres partenaires de la fédération ont trouvé un terrain d'entente au sujet du rapatriement constitutionnel sans qu'il soit mis au parfum. L'accord est présenté. Tout indique, dans une clarté sans failles depuis la reprise des négociations à l'été 1980, que le droit à l'instruction dans la langue de la minorité qui « s'appliquera dans nos provinces », comme on le stipule dans l'entente résumée en cinq points, est un droit symétrique. Mais un doute persiste : si ce droit « s'appliquera », il n'existe aucune précision quant au moment où il doit trouver application. Dès l'entrée en vigueur de la Charte ? Plus tard ?

Les journalistes Robert Sheppard et Michaël Valpy décrivent un Lévesque qui réagit d'abord au caractère inacceptable – du point de vue du Québec – de la formule d'amendement et du droit de circulation et d'établissement. Le droit à l'instruction dans la langue de la minorité n'aurait pas été, à ce moment, au centre de ses préoccupations puisque l'accord prévoyait qu'il soit suspendu pour chaque province qui n'y aurait pas formellement adhéré⁵²⁰. Roger Tassé, sous-ministre de la Justice, présent lorsque l'accord du 5 novembre est présenté,

⁵¹⁹ *Id.*

⁵²⁰ Robert SHEPPARD et Michael VALPY, *The National Deal : The fight for a Canadian constitution*, Toronto, Fleet Books, 1982, p. 175, cité dans Gil RÉMILLARD, « Historique du rapatriement », (1984) 25 *C. de D.* 15, 93.

confirme ce dernier aspect : « Toute province qui n'accepterait pas d'être liée immédiatement par l'article 23 aurait le droit d'y adhérer à une date ultérieure. »⁵²¹

Une « note de service » portant la cote de sécurité « secret » (donc qui contient des renseignements qui, à l'époque, pouvaient porter des préjudices graves à l'intérêt national canadien s'ils étaient compromis), que s'échangent de hauts fonctionnaires fédéraux du ministère de la Justice le 6 novembre, apporte un éclairage supplémentaire à ce que racontent Sheppard, Valpy et Tassé. Obtenue de Bibliothèque et Archives Canada grâce à une demande d'accès à l'information, cette note indique que le Nouveau-Brunswick et l'Alberta sont alors d'avis que le droit à l'instruction dans la langue de la minorité mentionné dans l'accord du 5 novembre ne trouve application que sur le territoire des neuf provinces signataires⁵²². C'est ainsi qu'ils interprètent la mention « s'appliquera dans *nos* provinces » (italiques ajoutés) retrouvée au point 3(c) de l'entente : « Nous sommes convenus que l'article 23, qui a trait au droit à l'instruction dans la langue de la minorité, s'appliquera dans nos provinces. »

La note de service va même plus loin. Car si l'accord du 5 novembre veut épargner de l'application de l'article 23 toute province non-signataire de l'entente, ici le Québec, il faut donc conclure que le gouvernement fédéral ne peut plus l'imposer, sous peine de briser l'entente, aux dix provinces. C'est du moins l'opinion du Nouveau-Brunswick et de l'Alberta, reprise ainsi, uniquement en anglais, dans la note du 6 novembre : « *By this measure, it may not be open to Parliament to decide alone to impose section 23 on Québec, since this would breach the spirit of the Agreement.* »

La scène que décrit Tassé dans ses mémoires expose un Pierre Trudeau qui semble ouvert à un droit entièrement sujet à une clause d'adhésion. Le matin du 5 novembre, le premier ministre canadien demande à Lévesque, comme si sa réponse comptait, s'il accepte l'application de ce droit au Québec. Puis, avec la même courtoisie, Trudeau demande aux autres premiers ministres provinciaux s'ils accepteraient une suspension complète du droit jusqu'à ce que Québec y adhère. Selon le souvenir de Tassé, le malaise créé par la réaction

⁵²¹ Roger TASSÉ, *Ma vie, le droit, la Constitution et bien plus encore ! Mémoires d'un sous-ministre de la Justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 334.

⁵²² Bibliothèque et Archives Canada, à Ottawa, détient le fonds d'archives du ministère fédéral de la Justice. Une demande d'accès à l'information a été nécessaire pour obtenir cette note de service puisqu'elle se trouve dans un dossier avec des documents toujours protégés par le secret professionnel des avocats.

de René Lévesque conduira alors Peter Lougheed, premier ministre de l'Alberta, à intervenir de la façon suivante : « L'Alberta ne participera à aucune manœuvre qui imposera au Québec des obligations qu'il ne veut pas ! »⁵²³ On sait toutefois que cette dernière approche est incompatible avec la pensée politique de Trudeau. C'est ce qui explique la suite de l'histoire.

Premièrement, Trudeau cherche, avec son projet de Charte, à unir le Canada autour de valeurs communes, et non à reconnaître ce qui distingue chaque région ; encore moins d'enchâsser l'idée que le Québec est particulier. Toute disposition qui permettrait à une province de se construire un statut constitutionnellement différent des autres le fait rager. Il n'hésite pas à associer toute proposition en ce sens à ce qui provoquerait la balkanisation du Canada autour des « deux nations » ou le cantonnement des Canadiens français « dans le ghetto du statut particulier »⁵²⁴.

Son projet, donc, c'est d'unir coûte que coûte : « on croyait que la Charte deviendrait un symbole auquel s'identifieraient tous les Canadiens et qu'elle contribuerait ainsi à l'unité nationale. En particulier, les droits linguistiques (art. 16 à 23) et les droits liés à la liberté de circulation et d'établissement (art. 6) garantis par la *Charte canadienne* sont au cœur de son projet unificateur »⁵²⁵. Ce n'est d'ailleurs pas pour rien que la clause dérogatoire (art. 33) prévue dans la Charte est impuissante devant ces dernières dispositions : aucune province ne peut, justement, y déroger.

Durant les négociations, Trudeau s'assure de voir au « maintien de la Charte dans son intégrité », avec des droits applicables « d'un bout à l'autre du pays »⁵²⁶. L'enchâssement de deux langues officielles est une nécessité politique, mais, à partir de là, il n'est pas question de permettre à l'un ou l'autre des principaux groupes linguistiques de façonner le pays – ou une province – culturellement à son image. Car c'est ce qui menace, précisément, l'unité canadienne. Au contraire, le Canada doit être, pour lui, une mosaïque multiculturelle. Il s'exprime ainsi dans ses mémoires :

⁵²³ Roger TASSÉ, *Ma vie, le droit, la Constitution et bien plus encore ! Mémoires d'un sous-ministre de la Justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 335.

⁵²⁴ Pierre ELLIOTT TRUDEAU, *Mémoires politiques*, Montréal, Le Jour, 1993, p. 160.

⁵²⁵ Nadia VERRELLI, « L'ombre de la Charte canadienne des droits et libertés », dans François ROCHER et Benoît PELLETIER (dir.), *Le nouvel ordre constitutionnel canadien : du rapatriement de 1982 à nos jours*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2013, p. 235, à la page 244.

⁵²⁶ Pierre ELLIOTT TRUDEAU, *Mémoires politiques*, Montréal, Le Jour, 1993, p. 291.

Il m'importait grandement, d'un point de vue philosophique à mon sens fondamental, d'assurer le maintien de la Charte dans son intégrité. De plus, la Charte établissait un système de valeurs comme la liberté, l'égalité et le droit d'association, dont citoyennes et citoyens pourraient profiter, d'un bout à l'autre du pays. [...] D'instinct, les Canadiens ont toujours eu tendance à s'identifier comme Canadiens français, anglais, ukrainiens ou simplement néo-Canadiens. Mais qu'est-ce au juste que le Canada de tout ce monde ? Grâce à la Charte, nous pouvons désormais le définir comme une société dont tous les membres sont égaux au regard de la loi et partagent des valeurs fondamentales basées sur la liberté.⁵²⁷

Et de toute façon, Trudeau n'a jamais cru que le Québec devait disposer d'un espace de liberté supplémentaire pour protéger la langue française :

[U]ne culture ne progresse que par l'échange et l'affrontement ; or, dans le fédéralisme canadien, les valeurs culturelles françaises peuvent trouver un heureux mélange de concurrence et de protection de la part d'un État assez puissant. [...]

Quand le Québec aura produit ou attiré suffisamment de vrais philosophes, de vrais savants, de vrais cinéastes, de vrais économistes, de vrais cybernéticiens, et suffisamment de véritables hommes d'État, le fait français se portera bien en Amérique du Nord et n'aura pas besoin de béquilles indépendantistes pour marcher. Or l'ensemble de ces valeurs se développe essentiellement par l'affrontement avec d'autres cultures et par l'éducation.⁵²⁸

Deuxièmement, l'asymétrie est incompatible avec la pensée politique de Trudeau considérant, comme le veut le proverbe, que le maillon le plus faible d'une chaîne est aussi le plus fort.

Lorsque les négociations reprennent à l'été 1980, Trudeau explique qu'il cherche d'abord avec la Charte à « protéger notre Loi sur les langues officielles »⁵²⁹. Discutant du projet avec son caucus, on lui dit : « Vous faites grand cas des droits linguistiques mais nous, hors du Québec, nous tenons davantage aux libertés civiles en général. C'est donc une charte complète qu'il faut obtenir. » Et ses ministres l'encouragent à aller jusqu'au bout : « à l'instar du caucus, le Cabinet fut d'avis que le droit à l'éducation en anglais et en français, pour les minorités de langues officielles, devait être ancré solidement dans la Constitution »⁵³⁰.

⁵²⁷ *Id.*, p. 291 et 292.

⁵²⁸ Pierre ELLIOTT TRUDEAU, *Le fédéralisme et la société canadienne-française*, Montréal, HMH, 1967, p. 40 et 42.

⁵²⁹ Pierre ELLIOTT TRUDEAU, *Mémoires politiques*, Montréal, Le Jour, 1993, p. 278.

⁵³⁰ *Id.*, p. 279.

Trudeau veut trouver le moyen d'«imposer le droit des minorités en matière d'enseignement »⁵³¹.

Les 8 et 9 novembre 1981, Roger Tassé discute avec Trudeau de la proposition soumise par Claude Ryan. Le chef de l'opposition officielle à l'Assemblée nationale du Québec demande *grosso modo* que deux dispositions du droit à l'instruction dans la langue de la minorité ne trouvent pas applications au Québec ; celle qui rattache le droit à la langue maternelle (art. 23[1]a)) et celle qui le rattache à l'enseignement des parents (art. 23[2]).

Comment ? Ryan suggère l'ajout d'une clause dérogatoire leur étant applicable, ou encore d'y prévoir une clause d'adhésion ou un droit de retrait. Tassé raconte : « J'ai discuté de ces propositions avec Pierre Trudeau qui m'a signalé qu'une clause dérogatoire applicable à la clause Canada de l'article 23[2] présentait des difficultés majeures »⁵³². La proposition de Ryan est ensuite présentée au conseil des ministres, qui sont alors « plutôt partagés ».

Pourquoi ? Parce qu'on sait que le maillon le plus faible d'une chaîne est aussi le plus fort :

La question qui a été le plus longuement discutée entre les ministres a été les droits à l'éducation dans la langue de la minorité. Plusieurs options ont été envisagées, dont une clause qui n'aurait pas imposé l'article 23 au Québec, mais lui aurait permis d'adhérer à l'article. Selon une autre option, l'alinéa [ou sous-paragraphe] 23(1)a) et le paragraphe 23(2) ne seraient pas imposés au Québec, mais il lui serait loisible d'y adhérer à une date ultérieure. Il était possible que les autres provinces ne s'objectent pas à tel traitement du Québec étant donné qu'elles avaient déjà proposé que l'article 23 en entier s'applique au Québec seulement s'il désirait y adhérer.

*Mais certains craignaient que plusieurs provinces souhaitent obtenir le même traitement, ce qui aurait mis en danger la mise en œuvre de l'article dans le reste du Canada. (italiques ajoutés)*⁵³³

C'est aussi pour cette raison que Trudeau voit à ce que la clause dérogatoire de la Charte (art. 33) ne puisse être utilisée pour déroger aux droits linguistiques : « Plusieurs autres provinces auraient voulu que la clause leur soit accessible, ce qui aurait mis en danger le principe que les droits à l'éducation garantis par la Charte s'appliquent à toutes les provinces. »⁵³⁴ En effet, ajoutez une clause dérogatoire leur étant applicable, ou une clause d'adhésion ou un droit de

⁵³¹ *Id.*, p. 280.

⁵³² Roger TASSÉ, *Ma vie, le droit, la Constitution et bien plus encore ! Mémoires d'un sous-ministre de la Justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 338.

⁵³³ *Id.*, p. 339 et 340.

⁵³⁴ *Id.*, p. 340.

retrait, et adieu le projet d'« ancr[er] solidement » ce droit dans la Constitution. Trudeau n'aurait jamais pu crier victoire dans ces circonstances.

Il est encore plus important que de telles dispositions ne servent pas la reconnaissance du caractère distinct du Québec, car c'est alors tout le projet porté par Trudeau qui tombe. Pour garantir l'unité canadienne, il veut retirer des mains du Québec les éléments lui permettant de se présenter comme principal (voire seul) représentant de la francophonie canadienne, avec ce que cela implique relativement à la revendication d'un statut particulier pour la province⁵³⁵. La francophonie, c'est la Constitution canadienne qui doit la reconnaître en premier, et c'est Ottawa qui doit en être le promoteur le plus important⁵³⁶. Offrez la possibilité au Québec de se forger constitutionnellement un statut particulier et vous enchâsser par la même occasion la concurrence entre deux légitimités au sein du Canada ; le Québec comme premier porte-parole de la francophonie, et le gouvernement fédéral (avec les autres provinces) comme représentant du Canada anglais. Le projet d'unir devient en conséquence porteur de la désunion.

Troisièmement, une asymétrie favorable au Québec est même incompatible avec le processus qui mène le Canada au rapatriement constitutionnel en 1982. Au-delà de ce qu'a pu dire la Cour suprême dans le *Renvoi sur le rapatriement*, la signature du Québec n'est pas nécessaire au bas de l'entente puisque la province n'est légalement rien d'autre qu'une province sur dix. Ce fait est validé par un projet de Charte contenant des droits linguistiques symétriques.

⁵³⁵ Barry L. STRAYER, *Canada's Constitutional Revolution*, Edmonton, University of Alberta Press, 2013, p. 23.

⁵³⁶ L'idée est formulée explicitement dans une note intitulée « Memorandum for the prime minister », donc adressée au premier ministre Trudeau, portant la cote de sécurité « secret » et datée du 29 juin 1981. En réaction à la campagne que le gouvernement Lévesque mène contre le projet de rapatriement, un haut fonctionnaire fédéral suggère 14 points qui doivent y être opposés spécifiquement sur la question des droits linguistiques. Selon le huitième, seul le gouvernement fédéral est motivé par une réelle préoccupation pour les francophones du Canada, contrairement au gouvernement québécois : « *The federal government's counter-argument to P.Q. criticisms of the impact of the Charter of Rights on education in Quebec should include the following assertions or facts : [...] (8) Thus the federal government is motivated by a genuine concern for French-speaking Canadians in all parts of the country, which the Quebec government could not or does not share.* » La note a été obtenue grâce à une demande d'accès à l'information auprès du Bureau du Conseil privé, à Ottawa. Transmise dans un lot faisant plusieurs centaines de pages, son contenu rédigé uniquement en anglais, comme c'est le cas pour à peu près toutes les autres notes retrouvées dans ce lot, laisse entendre que les communications écrites qui circulaient au Bureau du Conseil privé de 1979 à 1981 au sujet des droits linguistiques n'étaient disponibles pour l'essentiel qu'en anglais.

Autrement dit, le Canada peut se passer de la signature du Québec si le fédéral est le gouvernement qui parle au nom de tous les Canadiens, y compris de la francophonie canadienne. Pour consacrer cette ambition, il faut une Constitution qui reconnaît le fait français comme jamais et Ottawa doit être le défenseur le plus important de la francophonie. À ces conditions, la légitimité du Québec à représenter le Canada français se voit diminuée ; déjà que cette prétention ne trouve pas de fondement légal. C'est ainsi que le droit à l'instruction dans la langue de la minorité enchâssé dans la Constitution doit être uniforme, ou le plus uniforme possible. Car s'il ne l'est pas, ou plus on s'en éloignera, et plus on se rapprochera d'une reconnaissance du caractère particulier du Québec, et donc d'une reconnaissance que la voix du Québec est particulière et peut-être nécessaire pour procéder au rapatriement.

Cependant, si Québec n'est légalement rien d'autre qu'une province sur dix, une nouvelle Constitution peut lui être imposée, comme elle pourrait l'être à une autre province, car un seul partenaire ne peut bloquer la volonté du gouvernement fédéral appuyé par les neuf autres provinces de procéder au rapatriement. Et Québec n'est pas ce qu'il prétend être. Du moins, il n'a pas les moyens légaux d'y prétendre. Des droits linguistiques symétriques offrent un nouveau témoignage éclatant en ce sens. *A contrario*, si vous enchâssiez l'asymétrie, l'exclusion du Québec n'est plus seulement politiquement embêtante ; vous donnez des armes à ceux qui la croient juridiquement problématique.

Quatrièmement, l'asymétrie est aussi incompatible avec l'une des principales conséquences que doit avoir le rapatriement : piéger le Québec. Ce faisant, les droits linguistiques doivent être présentés et défendus toujours dans une logique de réciprocité. Il ne peut en être autrement. La défense du français dans le reste du Canada doit avoir pour contrepartie la défense de l'anglais au Québec. Le professeur de droit Michael Mandel l'affirme sans ambages : il s'agit de « la nécessité idéologique, pour les partisans de la ligne fédérale en matière linguistique, d'établir les droits d'une minorité francophone à l'extérieur du Québec afin de posséder une arme contre l'unilinguisme francophone au Québec [c'est-à-dire la loi

101] »⁵³⁷. Au nom de l'unité canadienne, il faut venir à bout de la volonté du Québec à s'ériger en État national.

La défense du français hors Québec devient une façon d'attaquer la loi 101. Et cette attaque donne conséquemment l'occasion d'associer la politique linguistique québécoise à un projet presque rétrograde considérant le repli stratégique provoqué à Québec autour d'elle pour la protéger, un repli pouvant être dépeint comme l'une des causes venant briser réciproquement la progression des droits du français hors Québec. La loi 101 devient fratricide.

Que Trudeau ait été un habile politicien n'a échappé à personne. Il s'en vante d'ailleurs lui-même dans ses mémoires. Parlant du dépôt du budget fédéral de 1974, élaboré sciemment de façon à provoquer un vote négatif des partis d'opposition, à précipiter la chute de son gouvernement minoritaire et conséquemment le déclenchement d'élections anticipées, Trudeau confirme qu'il sait manier l'art de la division :

Certains diront que cette tactique était trop politicienne, que les manœuvres de ce genre engendrent dans la population un regrettable cynisme à l'égard de la politique. Je leur répondrai qu'ils se trompent. La victoire de Napoléon à Austerlitz a-t-elle rendu cyniques les observateurs militaires ? Qu'a fait l'Empereur ? Il a divisé l'ennemi. Si vous ne pouvez pas faire la même chose en situation de gouvernement minoritaire, vous ne devriez pas être en politique.⁵³⁸

Quoi qu'il en soit, Trudeau n'a pas à s'encombrer de considérations au sujet de l'asymétrie. En défendant le livre beige, Ryan s'est compromis. Sa formation politique préconise pour « tout individu de langue française ou anglaise » le droit constitutionnel de recevoir, « dans la province où il habite, l'enseignement primaire ou secondaire dans sa langue maternelle »⁵³⁹. Quelle distance sépare la position défendue dans le livre beige et le droit à l'instruction dans la langue de la minorité prévu dans le projet de Charte ? Il est trop tard, Trudeau sait que l'entente avec l'opposition officielle à l'Assemblée nationale du Québec, appelée à reprendre tôt ou tard le pouvoir, est à portée de la main. C'est la thèse du journaliste Jean-Pierre Proulx.

⁵³⁷ Michael MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, traduit de l'anglais par Hervé Juste, Montréal, Boréal, 1996, p. 207.

⁵³⁸ Pierre ELLIOTT TRUDEAU, *Mémoires politiques*, Montréal, Le Jour, 1993, p. 155.

⁵³⁹ COMMISSION CONSTITUTIONNELLE DU PARTI LIBÉRAL DU QUÉBEC, *Une nouvelle fédération canadienne [Livre beige]*, Montréal, 9 janvier 1980, p. 9.

De plus, René Dussault, un ancien sous-ministre de la Justice du Québec, membre de l'équipe politique de Ryan, celui qui assure la communication entre Ryan et Trudeau (par l'entremise de Roger Tassé), divulgue une information stratégique importante lors des négociations. Dans un échange qu'il a avec Tassé, Dussault indique que Ryan est essentiellement d'accord sur le fond avec Trudeau au sujet des droits linguistiques. Ce qui accroche, c'est d'abord la forme, soit le fait que le rapatriement soit imposé malgré l'opposition du gouvernement du Québec⁵⁴⁰.

Tout compte fait, Trudeau décide quand même d'ajouter une clause d'adhésion au projet (c'est l'article 58, qui devient l'article 59 au moment du vote)⁵⁴¹. Elle ne vise qu'un sous-paragraphe du droit à l'instruction dans la langue de la minorité, celui qui rattache le droit à la langue maternelle (art. 23[1]a)]. Ottawa aurait alors fait preuve d'un certain scrupule :

Finally, after having considered attentively the question, the decision was taken that the paragraph [or sub-paragraph] 23(1)a) (the criterion of the mother tongue) would not come into force in Quebec until after authorization given by the legislative assembly or the government of Quebec. The federal government did not want to be accused of wanting to reintroduce the « Bill [22] » of Quebec [the *Loi sur la langue officielle*, adopted under Robert Bourassa] by the way of constitutional amendment. [...] The rest of article 23 would come into force immediately.⁵⁴²

⁵⁴⁰ Roger TASSÉ, *Ma vie, le droit, la Constitution et bien plus encore ! Mémoires d'un sous-ministre de la Justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 343.

⁵⁴¹ Dans un ouvrage collectif codirigé par François Rocher et Benoît Pelletier, paru aussi en 2013, Tassé relate que c'est Trudeau qui décide des changements à apporter à l'accord du 5 novembre : « Pierre Trudeau, après consultation avec ses ministres, décida lui-même de certains changements concernant la formule d'amendement (compensation financière en matière de culture et d'éducation ; l'accès universel à l'instruction dans la langue de la minorité est laissé à la discrétion de l'Assemblée nationale). Ces modifications furent acceptées par les autres provinces. » (Roger TASSÉ, « Le rapatriement de la Constitution : constats et enseignements », dans François ROCHER et Benoît PELLETIER (dir.), *Le nouvel ordre constitutionnel canadien : du rapatriement de 1982 à nos jours*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2013, p. 45, aux pages 48 et 49) Barry Strayer, sous-ministre adjoint de la justice sous Jean Chrétien, présente aussi un Trudeau qui prend lui-même la décision d'ajouter une telle clause d'adhésion, sans contrainte (Barry L. STRAYER, *Canada's Constitutional Revolution*, Edmonton, University of Alberta Press, 2013, p. 281).

⁵⁴² Le projet de loi 22, une loi québécoise adoptée en 1974 et abrogée en 1977, limitait l'école anglaise aux enfants capables de justifier une connaissance suffisante de l'anglais. L'attrait pour l'école anglaise au Québec est tel que les outils cherchant à filtrer les ayants droit en séparant ceux qui ont cette connaissance de ceux qui ne l'ont pas ont vite démontré leurs limites. Tassé rappelle les « énormes remous politiques » causés par cette loi (Roger TASSÉ, *Ma vie, le droit, la Constitution et bien plus encore ! Mémoires d'un sous-ministre de la Justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 340).

Une fois cette décision prise, les autres provinces sont mises au courant. Elles « se sont montr[e]s d'accord avec les changements que le fédéral entendait apporter à l'entente du 5 novembre », raconte Tassé⁵⁴³. Que conclure alors ?

La clause d'adhésion, est-ce, vu le contexte fédéral canadien, la reconnaissance d'une réalité nécessairement asymétrique ? Ou encore, pour reprendre l'interprétation proposée par Ed Broadbent le 20 novembre 1981 à la Chambre des communes : est-ce « le caractère particulier du Québec » qui se fraye un chemin jusque dans la Constitution ? Peut-être, il faut l'admettre.

Mais, à l'opposé, ne peut-elle pas être le passage obligé pour atteindre l'idéal de symétrie ? Elle reste très limitée dans son application, ne visant qu'un sous-paragraphe du droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Elle est ajoutée à la dernière minute, dans des circonstances qui ne permettent pas aux parlementaires de pleinement en débattre ; comme s'il fallait minimiser le plus possible son importance, ou comme si elle était effectivement peu importante. Le 20 novembre 1981, le ministre Chrétien reprend à la Chambre des communes le discours voulant que le projet accorde des droits aux francophones hors Québec et « exactement la même chose » aux Anglo-Québécois. Trois jours plus tard, un autre représentant du gouvernement, Donald J. Johnston, plaide en faveur d'un droit « imposé en entier » au Québec, considérant « l'attitude logique à adopter » et son désir d'« agir comme une personne civilisée ». Il consent toutefois à une suspension temporaire d'une petite partie du droit, par réalisme politique.

Alors, la clause d'adhésion, c'est l'asymétrie comme réalité ou la symétrie comme idéal ?

Plusieurs auteurs sont d'avis que la clause d'adhésion consacre l'asymétrie. Soulignons l'opinion de Claude Ryan qui, dans son livre sur les *valeurs libérales*, mentionne qu'il s'agit d'un des éléments témoignant d'une « reconnaissance plus explicite du caractère distinct du Québec », obtenu grâce à « l'approche du Parti libéral [du Québec] en matière constitutionnelle »⁵⁴⁴. Ailleurs, Ryan écrit, de façon nuancée, que la *Charte canadienne* est

⁵⁴³ *Id.*

⁵⁴⁴ Claude RYAN, *Les valeurs libérales et le Québec moderne : une perspective historique sur l'apport du Parti libéral du Québec à l'édification du Québec d'hier et d'aujourd'hui*, Montréal, PLQ, 2002, p. 58-60. Voir aussi Alain-Robert NADEAU, « L'incidence de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur les droits linguistiques québécois », (2006) 32 : 2 *S.C.L.R.* 109, 116.

ainsi rédigée en partie pour attaquer la loi 101 et en partie « de manière à l’aligner le mieux possible sur la problématique empruntée par le législateur québécois »⁵⁴⁵.

Pour Michael N. Bergman, un avocat très proche du groupe de pression anglo-québécois qu’était Alliance Québec, et aujourd’hui du Quebec Community Groups Network, la clause d’adhésion modifie l’intention initiale des législateurs : « Malgré l’objectif d’assurer l’égalité des droits en matière d’enseignement dans la langue de la minorité à travers le Canada, un compromis politique a été conclu en faveur du Québec. » (traduction libre)⁵⁴⁶ Par ce compromis, c’est la reconnaissance de la situation particulière du français au Canada et en Amérique du Nord qui est constitutionnalisée.

Bergman note que la suspension d’une partie du droit, même si on a pu la souhaiter temporaire, n’est adjointe d’aucun délai. Selon lui, ce fait laisse entendre « que le gouvernement fédéral considérait la menace pesant sur la langue française comme une préoccupation quasi permanente, voire permanente » (traduction libre)⁵⁴⁷. Avec cette permanence, ajoute Bergman, la clause d’adhésion laisse entendre que le français aura toujours besoin de protection et donc, par ricochet, que « la minorité anglophone du Québec ne sera jamais une véritable minorité » (traduction libre)⁵⁴⁸.

Un seul auteur, cependant, démontre vraiment que la clause d’adhésion consacre l’asymétrie. De façon convaincante, dans une chronique de jurisprudence parue en 1985 dans la *Revue générale de droit* de l’Université d’Ottawa, le professeur de droit Daniel Proulx décortique le droit à l’instruction dans la langue de la minorité pour exposer comment deux des quatre parties de l’article 23 visent d’abord le Québec (23[1]b) et 23[2]), et comment les deux autres concernent plutôt le reste du Canada (23[1]a) et 23[3]).

Ainsi, le droit rattaché au dossier scolaire des parents (art. 23[1]b)) vise le Québec. D’abord le Québec, parce qu’ailleurs au Canada les écoles françaises ont souvent été historiquement inexistantes. Elles le sont d’ailleurs parfois encore aujourd’hui. Ailleurs au Canada, le droit

⁵⁴⁵ Claude RYAN, « L’impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur les droits linguistiques au Québec », (2003) *Revue du Barreau/Numéro spécial* 543, 565 et 566.

⁵⁴⁶ Michael N. BERGMAN, *The Constitution and the English Language in Quebec : Education ; The Primacy of the French Language; Collective Rights*, Montréal, Quebec Community Groups Network, 2015, p. 7.

⁵⁴⁷ *Id.*, p. 8.

⁵⁴⁸ *Id.*

peut donc s'avérer inutile pour protéger les minorités françaises, puisque les parents francophones ne peuvent souvent pas faire la preuve qu'ils ont eux-mêmes fréquenté l'école de langue française afin de revendiquer un droit pour leurs enfants. Au Québec, au contraire, puisque le réseau scolaire anglais est bien développé depuis longtemps, les parents peuvent faire cette preuve de fréquentation. 23(1)b) vise donc d'abord le Québec ; c'est là qu'il est le plus utile pour protéger la minorité officielle.

Le droit rattaché à la fréquentation scolaire des enfants (art. 23[2]) vise également d'abord le Québec. Il a été écrit de façon à ce que les parents québécois qui n'ont pas eux-mêmes fréquenté l'école anglophone, mais qui y ont inscrit leurs enfants avant (ou même après) l'adoption de la loi 101, trouvent une protection pour la suite du parcours scolaire déjà entamé. Les législateurs avaient particulièrement en tête des membres de la communauté italo-québécoise, qui ne peuvent se rattacher au réseau scolaire anglais par la langue maternelle, et qui, déjà installés au Québec, ne rentrent pas dans l'objectif fédéral de faciliter la mobilité interprovinciale. Ils ont été nombreux à réclamer une telle protection. Ils ont trouvé en Pietro Rizzuto, sénateur représentant une division québécoise, un fiable défenseur.

D'autre part, le droit rattaché à la langue maternelle (23[1]a)), suspendu pour le Québec, concerne manifestement les minorités françaises⁵⁴⁹. Il s'agit de permettre aux parents francophones, comme indiqué précédemment, de revendiquer un droit pour leurs enfants même s'ils n'ont pas eux-mêmes fréquenté l'école de langue française faute d'infrastructures. Le droit est présenté comme une occasion de réparation historique, même si c'est à moitié vrai seulement. Oui, il peut permettre la reconstruction de certaines communautés autour d'institutions nouvelles, en donnant un droit pour les enfants de parents qui n'ont pas eux-mêmes pu fréquenter des écoles françaises. Mais il est rattaché à la langue maternelle (« la première langue apprise et encore comprise », spécifie l'article 23[1]a)), ce qui implique l'abandon des francophones déjà assimilés à l'anglais.

Inutile d'ajouter que les Anglo-Québécois n'ont pas besoin de ce droit ; ils peuvent toujours se raccrocher à 23(1)b) ou 23(2). Et le gouvernement fédéral n'a pas osé aller plus loin, en leur offrant des garanties supplémentaires, ce qui fait dire ceci à Daniel Proulx : « le but du

⁵⁴⁹ Voir aussi Serge ROUSSELLE, *La diversité culturelle et le droit des minorités : une histoire de développement durable*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 75.

constituant ne se limitait pas à contrer la Loi 101 »⁵⁵⁰. Pour ne pas ramener le Québec au temps de la loi 22, il fallait suspendre 23(1)a), au moins jusqu'à ce qu'il y consente :

l'application du critère de langue maternelle ou de langue « comprise » ou d'« usage » était inapplicable au Québec. L'expérience vécue sous le régime de la Loi 22 qui utilisait ces critères a vite donné lieu à des difficultés insurmontables et à des affrontements dus au nombre considérable d'allophones [immigrants n'ayant comme langue maternelle ni le français ni l'anglais] habitant dans la région de Montréal et désirant avoir accès à l'école anglaise. Comme on le sait, il est devenu impossible d'appliquer cette loi selon ses véritables fins, c'est-à-dire réserver l'école anglaise aux enfants dont la langue maternelle ou la langue d'usage était l'anglais.⁵⁵¹

Le gouvernement fédéral aurait donc eu une intention particulière pour le Québec. Proulx poursuit :

À notre avis, l'analyse du contexte, lorsque considéré dans son ensemble, indique donc que le constituant poursuivait plutôt deux objectifs bien distincts [pour le Québec] avec l'adoption des dispositions 23(1)b), 23(2) et 59, soit : 1^o s'adapter à la loi québécoise et à la réalité socio-linguistique de cette province ; 2^o contrer *un seul* des critères utilisés dans la loi [101], à savoir la considération, dans le dossier scolaire des parents ou des frères et sœurs d'un enfant, des seules études faites au Québec plutôt qu'au Canada.⁵⁵²

Enfin, les précisions retrouvées à l'article 23(3), soit que le droit est conditionnel au nombre suffisant d'enfants pour le justifier et qu'il se finance sur les fonds publics, ont été ajoutées pour moduler l'application du droit dans le reste du Canada. Au Québec, le réseau scolaire anglais est développé depuis longtemps, et les écoles sont financées sur les fonds publics comme si la nature l'exigeait. Nul besoin, dans les circonstances, de ces précisions de la *Charte canadienne* en contexte québécois. En revanche, ailleurs au Canada, l'obligation pour les provinces de financer les écoles françaises est incontournable si on veut que le droit soit véritablement praticable. Et la condition du nombre suffisant devient un moyen de rassurer les gouvernements provinciaux ; le droit n'est pas sans limite, la construction d'écoles françaises ne sera pas obligatoire en tout temps, en tout lieu.

⁵⁵⁰ Daniel PROULX, « La Loi 101, la clause-Québec et la Charte canadienne devant la Cour suprême : un cas d'espèce ? », (1985) 16 *R.G.D.* 167, 178.

⁵⁵¹ *Id.*

⁵⁵² *Id.*, 179.

Cette interprétation, soit que la clause d'adhésion consacre l'asymétrie, ou qu'elle constitue un véritable espace de liberté pour le Québec, trouve même un certain relais dans la jurisprudence citant l'article 59 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le juge Lorne Giroux de la Cour d'appel du Québec, dissident dans l'affaire *Nguyen*, valide la constitutionnalité de la loi 101 en appuyant sa lecture de la *Charte canadienne*, notamment sur la clause d'adhésion prévue à l'article 59. Selon lui, il s'agit d'« une manifestation de [l]a volonté [du constituant] d'écarter la solution du libre choix de la langue d'enseignement au Québec »⁵⁵³. Le juge rattache cette volonté « à l'intérêt de protéger et favoriser le français comme langue de la majorité au Québec vu que cette majorité reste minoritaire au Canada »⁵⁵⁴. Giroux fait ensuite le pas qu'aucun autre juge n'a osé faire : il interprète, en contexte québécois, *tout* le droit à l'instruction dans la langue de la minorité en fonction de l'existence d'une « volonté » particulière du constituant à l'endroit du Québec⁵⁵⁵. Dans l'arrêt *Nguyen*, la Cour d'appel invalide la loi 101 à la majorité de ses juges. Mais Giroux fonde sa dissidence sur une interprétation asymétrique de la *Charte canadienne*, qu'il motive notamment grâce à la clause d'adhésion⁵⁵⁶.

Aussi convaincante puisse être cette interprétation, force est d'admettre qu'il ne s'agit pas de la fin de l'histoire. À l'opposé, d'autres auteurs, aussi nombreux que les précédents, prétendent que la clause d'adhésion est, non pas le sacre de l'asymétrie, mais l'élément qui permet le triomphe de l'intention symétrique. Dans *Trudeau : l'essentiel de sa pensée politique*, Trudeau la qualifie de « tarif linguistique temporaire », comme pour dire que l'écart de conduite qu'elle permet est rattaché à un coût à payer. Le coût semble être une forme d'indignité⁵⁵⁷. Trudeau ne porte pas la clause d'adhésion dans son cœur, ni la loi 101 d'ailleurs ; la première constituant une sorte de « permission » pour la seconde, rien de plus :

⁵⁵³ *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2007 QCCA 1111, par. 280.

⁵⁵⁴ *Id.*, par. 281.

⁵⁵⁵ *Id.*, par. 284.

⁵⁵⁶ Dans une autre affaire, l'affaire *Gosselin*, où la loi 101 est validée, la Cour supérieure du Québec mentionne le caractère peu banal de la clause d'adhésion : « Cette exception [art. 59] est, encore une fois, une reconnaissance de la situation particulière, voire du statut distinct du Québec, où la langue de la majorité est la langue de la minorité ailleurs au Canada. » (*Gosselin [Tuteur] c. Québec [Procureur général]*, [2000] R.J.Q. 2973 [C.S.], par. 214)

⁵⁵⁷ Voir aussi C. Michael MACMILLAN, « Federal Language Policy in Canada and the Quebec Challenge », dans Pierre LARRIVÉE (dir.), *Linguistic Conflict and Language Laws : Understanding the Quebec Question*, New York, Palgrave Macmillan, 2003, p. 87, à la page 100.

La coercition n'est pas dans ma nature ; je crois à la liberté de choix. Quiconque immigrer au Canada croit que c'est un pays libre. Pourtant la première chose qu'on lui dit à son arrivée, c'est que ses enfants ne peuvent fréquenter l'école anglaise. Même René Lévesque avait honte de cela. Mon gouvernement n'a permis au Québec de le faire malgré la Charte que comme tarif linguistique temporaire, même si j'abhorrais l'esprit de cette loi [101].⁵⁵⁸

Trudeau n'aborde pas directement le sujet de la clause d'adhésion dans ses mémoires. On comprend toutefois qu'elle fait partie des éléments qui lui « répugnent » dans le compromis qu'il doit faire afin de procéder au rapatriement avec l'appui des provinces⁵⁵⁹. Son ministre, Jean Chrétien, précise que Trudeau n'y était pas gagné d'avance, et qu'il fallait l'ajouter pour permettre à Québec de signer le document ultérieurement :

Au cours des semaines qui suivirent, je poursuivis mes efforts pour satisfaire les demandes du Québec, au point d'amender le principe de l'éducation pour les groupes minoritaires [...]. Il me fallut tous mes talents de persuasion pour convaincre Pierre Trudeau qui finit par accepter, de même que les neuf autres premiers ministres provinciaux, encore disposés à reconsidérer leur entente pour satisfaire le Québec. Mais Lévesque ne pouvait ni ne voulait rien accepter. Finalement, c'est Ottawa qui inclut ces changements dans le projet final, permettant ainsi au Québec de signer l'accord plus tard.⁵⁶⁰

Pour Mark C. Power, un avocat qui plaident régulièrement devant les tribunaux dans des affaires de droits linguistiques, auteur également de quelques articles de doctrine juridique, la « raison d'être de l'article 23 est d'imposer des balises nationales en matière d'éducation dans la langue de la minorité ». Par « balises nationales », écrit Power en 2004, avec des collègues dans un mémoire qu'il soumet à la Cour suprême dans l'affaire *Solski*, il faut entendre que « le libellé de l'article 23 [ne] suggère d'aucune façon que les catégories d'ayants droit et que les droits garantis varient selon la juridiction » (c'est-à-dire selon la province)⁵⁶¹. Et la clause d'adhésion ne vient pas brouiller l'intention symétrique. Selon Power, elle la renforce : « L'article 59 de la Loi constitutionnelle de 1982, qui prévoit un

⁵⁵⁸ Pierre ELLIOTT TRUDEAU, avec la collaboration de Ron GRAHAM, *Trudeau : l'essentiel de sa pensée politique*, Montréal, Le Jour, 1998, p. 144.

⁵⁵⁹ Pierre ELLIOTT TRUDEAU, *Mémoires politiques*, Montréal, Le Jour, 1993, p. 293.

⁵⁶⁰ Jean CHRÉTIEN, *Dans la fosse aux lions*, nouvelle édition augmentée, Montréal, Éditions de l'Homme, 1994, p. 178.

⁵⁶¹ Le célèbre constitutionnaliste Peter W. Hogg remarque que le droit à l'instruction dans la langue de la minorité est complètement symétrique, même 23(1)a), « rédigé pour s'appliquer aussi bien aux anglophones du Québec qu'aux francophones du reste du Canada » (traduction libre) (Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2^e édition, Toronto, Carswell, 1985, p. 820). La clause d'adhésion aurait été ajoutée, selon Hogg, qui ne présume pas de l'intention fédérale, « pour reconnaître le fait que le Québec est la seule province qui n'a pas adhéré à l'accord du 5 novembre 1981 », tout simplement (traduction libre) (*id.*).

processus pour l'entrée en vigueur au Québec de l'alinéa [ou sous-paragraphe] 23(1)a de la Charte, ne mine d'aucune façon cette conclusion ; au contraire, il l'appuie. »⁵⁶²

Ce que Power et ses collègues juristes veulent probablement dire, c'est que la clause d'adhésion attire vers elle tout désir pour l'asymétrie et laisse le reste du droit à l'instruction dans la langue de la minorité dans une symétrie parfaite. On aurait pu être tenté, considérant le contexte fédéral canadien, la situation particulière du Québec, la menace évidente qui pèse sur l'avenir du français au Canada et en Amérique du Nord, etc., de faire une place pour l'interprétation asymétrique des différentes dispositions de l'article 23, que ce soit celle qui rattache le droit à la fréquentation scolaire des parents ou des enfants, ou d'autres. Mais il y a la clause d'adhésion. Or, cette dernière vide l'article 23 de toutes ces considérations puisqu'il faut présumer qu'elles ont déjà été prises en compte par le constituant, qui a pris les devants avec la suspension d'un sous-paragraphe au profit du Québec. Pour cette raison, la clause d'adhésion renforce la symétrie. C'est le tremplin qui propulse l'idéal symétrique.

Du reste, s'il faut admettre que certaines parties de l'article 23 sont d'abord rédigées pour répondre à la situation québécoise ou du reste du Canada, il faut alors reconnaître que les mots, une fois arrêtés, sont appliqués (ou applicables) partout sans égard au contexte qui les a vu naître. Le droit est partout rattaché à l'exigence de la citoyenneté canadienne même si ce critère est ajouté pour répondre au défi spécifiquement québécois en matière d'immigration⁵⁶³. L'article 23(2) est partout conditionnel uniquement à la fréquentation

⁵⁶² ASSOCIATION FRANCO-ONTARIENNE DES CONSEILS SCOLAIRES CATHOLIQUES et ASSOCIATION DES CONSEILLERS (ÈRES) DES ÉCOLES PUBLIQUES DE L'ONTARIO, *Mémoire*, déposé dans l'affaire *Solski (Tuteur) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, 9 février 2004, p. 12. Le mémoire est signé par trois avocats : Michelle Vaillancourt, Margot Blight et Mark C. Power.

⁵⁶³ Au Québec, l'histoire démontre que les immigrants allophones ont une très forte propension à vouloir intégrer les institutions de la minorité anglophone. Au Canada anglais, c'est l'inverse : ils intègrent naturellement les institutions de la majorité linguistique. L'exigence de la citoyenneté canadienne est alors ajoutée pour donner un répit au Québec (aux dires par exemple du député libéral Jean Lapierre : PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 22, 7 novembre 1980 au 3 février 1981, p. 88). Les immigrants ne peuvent automatiquement intégrer les écoles de la minorité, car ils doivent obtenir la citoyenneté avant de pouvoir réclamer un droit. De l'autre côté, des associations représentant des minorités françaises, comme la Société franco-manitobaine, dénoncent l'application de ce critère partout lors de leur comparution devant le *Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*. Ils veulent pouvoir attirer les immigrants, avant l'obtention de la citoyenneté, vers les écoles de la minorité : par ex. PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de*

scolaire des enfants, sans égard à la condition supplémentaire de mobilité interprovinciale, alors que l'exigence de mobilité interprovinciale est retirée précisément pour répondre à une réalité québécoise⁵⁶⁴. Le critère du nombre suffisant prévu à 23(3) est applicable partout bien qu'il cherche à rassurer les provinces anglaises⁵⁶⁵.

Power et ses collègues juristes auraient pu aussi ajouter que le droit à l'instruction dans la langue de la minorité doit son existence à la symétrie. Sans cette dernière, jamais le droit n'aurait pu être enchâssé dans la Constitution. À vrai dire, si on peut protéger le français dans le reste du Canada, c'est parce qu'il permet réciproquement la protection de l'anglais au Québec. Il est défendu ainsi depuis le début. Et si on peut protéger l'anglais au Québec, et, par la même occasion, arracher des mains de l'Assemblée nationale une partie de sa souveraineté, c'est parce qu'on donne en contrepartie une protection identique pour le français dans le reste du Canada. À moins que les législateurs n'aient pu redistribuer au profit des minorités françaises des pouvoirs plus importants que ceux, confisqués du Québec, à partir desquels ils annonçaient vouloir créer le droit à l'instruction dans la langue de la minorité.

L'asymétrie veut constituer deux régimes (ou plusieurs), un pour le Québec, l'autre pour le reste du Canada (ou d'autres en fonction des réalités provinciales), alors que l'intention était d'en prévoir un seul. L'intention de créer deux régimes est même une impossibilité, une invraisemblance. Du moins, une telle intention n'aurait jamais pu être législative. Ce qu'on enchâsse, c'est un régime qui offre une même réponse aux questions qui se posent au Québec et dans le reste du Canada, car l'intention affichée d'offrir deux réponses (ou plusieurs) n'aurait législativement offert aucune réponse ; c'était une seule réponse ou aucune. La

résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada », 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 10, 7 novembre 1980 au 3 février 1981, p. 27.

⁵⁶⁴ La deuxième version de la Charte, publiée en octobre 1980, rattachait le droit et à la fréquentation scolaire de l'enfant et à la condition qu'il déménage d'une province à une autre. Cette dernière condition disparaît dès la troisième version, déposée en janvier 1981 : Robin ELLIOT, « Interpreting the Charter – Use of the Earlier Versions as an Aid », (1982) *U.B.C. L. Rev.* 11, 47. Ce sont les représentations du sénateur Pietro Rizzuto, qui se veut le porte-parole de la communauté italo-québécoise, qui provoquent ce changement (voir Jean-Pierre PROULX, « Le choc des Chartes : histoire des régimes juridiques québécois et canadien en matière de langue d'enseignement », (1989) 23 *R.J.T.* 67, 152-154).

⁵⁶⁵ Lors des débats parlementaires, on soulignera le fait que la *Charte canadienne* puisse, en appliquant ce critère partout alors qu'il vise à rassurer les provinces anglaises, diminuer les droits des Anglo-Québécois, qui eux ont un système scolaire construit sans considérations juridiques de nombre suffisant (voir par exemple l'intervention du sénateur Arthur Tremblay devant le Sénat le 4 décembre 1981 : DÉBATS DU SENAT, 32^e légis., 1^{re} sess., vol. 3, Ottawa, 1980-1983, p. 3228).

clause d'adhésion, les circonstances de son apparition, de sa présentation, l'espace qui est accordé pour qu'elle soit débattue, etc., tout indique qu'elle participe à l'intention symétrique. Elle la consolide.

La jurisprudence citant l'article 59 de la *Loi constitutionnelle de 1982* tend à avaliser cette interprétation voulant que la clause d'adhésion ne soit qu'un « tarif linguistique temporaire ». Qu'elle consacre l'asymétrie, il y a le juge Giroux de la Cour d'appel, dissident dans l'arrêt *Nguyen*, qui l'affirme. On l'a vu. Qu'elle implique le contraire, il y a la Cour suprême du Canada qui semble le dire, et le juge Allan R. Hilton de la Cour d'appel, majoritaire dans l'arrêt *Nguyen*, qui le soutient.

Dans l'arrêt *Quebec Protestant School Boards*, rendu en 1984, la Cour suprême note que l'article 23 contient « des mesures réparatrices uniformes », instaure « un régime général » et prévoit « un remède prescrit pour tout le Canada »⁵⁶⁶. Lorsqu'elle mentionne la clause d'adhésion, ce n'est pas pour donner plus d'espace au Québec pour légiférer en matière linguistique. Au contraire, elle y trouve la preuve irréfutable que « le constituant avait particulièrement le Québec en vue lorsqu'il a édicté l'art. 23 », ce qui lui permet de mieux motiver sa décision d'utiliser la *Charte canadienne* pour invalider le chapitre de la loi 101 encadrant la langue d'enseignement⁵⁶⁷.

Dans l'affaire *Nguyen*, le procureur général du Québec plaide la clause d'adhésion comme indication de la sensibilité du constituant à l'égard de la situation québécoise et, conséquemment, de la nécessité d'interpréter tout l'article 23 en prenant en considération le contexte particulier du Québec. Hilton, majoritaire, répond : « Je ne vois pas en quoi l'inapplicabilité de l'article 23(1)a) au Québec constitue une aide à l'interprétation. » (traduction libre)⁵⁶⁸ Le procureur général du Québec cherche à influencer l'interprétation d'un autre paragraphe de l'article 23, soit 23(2), pour le rendre favorable au Québec et compatible avec la loi 101. Hilton ajoute : « Si les rédacteurs avaient voulu exclure l'application de l'article 23(2) de la Charte canadienne au Québec [...], il est raisonnable de supposer qu'ils l'auraient fait explicitement, comme ils l'ont fait pour l'article 23(1)a). »

⁵⁶⁶ *Québec (Procureur général) c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, 79 et 80.

⁵⁶⁷ *Id.*, 82.

⁵⁶⁸ *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2007 QCCA 1111, par. 125.

(traduction libre)⁵⁶⁹ Ainsi, la clause d'adhésion devient une façon de dire que le contexte particulier du Québec est pris en compte avec la suspension de 23(1)a), et que le reste de l'article 23 peut s'y appliquer comme il s'applique ailleurs au Canada. Hilton, avec le concours de l'opinion du juge Pierre J. Dalfond, déclare la loi 101 inconstitutionnelle.

Bref, deux interprétations sont parfaitement possibles. Si la seconde est favorisée, soit que la clause d'adhésion est l'acte permettant le triomphe de la symétrie, comme le voudraient Trudeau et Chrétien, il faudra rappeler des considérations élémentaires de l'interprétation juridique. Comme l'indique le philosophe du droit Michel Troper, l'important n'est pas ce que voulaient faire les constituants. « [L]'essentiel [...] est ce qu'ils ont réellement fait, même si c'était à leur insu »⁵⁷⁰. Les paroles prononcées à la Chambre des communes par Jean Chrétien et Donald J. Johnston ne mettent pas fin au débat.

De plus, si la jurisprudence est plutôt favorable à cette seconde interprétation, il pourra être ajouté que l'arrêt *Quebec Protestant School Boards* et l'opinion du juge Hilton dans *Nguyen* n'ont rien de décisifs pour l'heure. Le dernier mot n'a manifestement pas été prononcé. On peut affirmer, sans trop craindre pour la stabilité juridique, que la plupart des questions entourant les implications de la clause d'adhésion n'ont toujours pas trouvé de réponses dans la jurisprudence.

De l'autre côté, l'interprétation contraire, celle suggérée par Claude Ryan dans ses écrits, celle admirablement bien défendue par le professeur Daniel Proulx, a cependant le défaut de détacher l'interprétation judiciaire de l'intérêt stratégique qu'ont les juges à trancher dans un sens ou dans l'autre. Or, quelle interprétation permet le mieux de protéger et d'accroître le pouvoir judiciaire? Le pouvoir c'est la « capacité de déterminer le comportement d'autrui »⁵⁷¹. C'est un « phénomène d'autorité » rencontré « dès lors qu'une personne ou un collège est en mesure d'imposer sa volonté à autrui »⁵⁷². Un jugement qui expose des considérations symétriques interpelle tous les gouvernements au Canada, chacun se sentant contraint de s'y conformer. À l'inverse, un jugement qui expose des considérations

⁵⁶⁹ *Id.*, par. 126.

⁵⁷⁰ Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 65.

⁵⁷¹ Michel TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 15.

⁵⁷² Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN et Pierre PACTET, *Droit constitutionnel*, 35^e éd., Paris, Dalloz, 2017, p. 9.

asymétriques interpelle le gouvernement directement impliqué dans l'affaire et laisse aux autres la possibilité de dire qu'ils ne sont pas nécessairement concernés puisque l'asymétrie exige qu'on prenne en compte de multiples autres considérations avant de trancher leur cas précis. Le fait que le juge Giroux de la Cour d'appel, dissident dans l'affaire *Nguyen*, soit seul à défendre la première interprétation (soit que la clause d'adhésion consacre l'asymétrie) prend tout son sens.

L'intention législative sur les langues officielles interprétée à la lumière de théories élaborées pour comprendre la problématique soumise au regard des tribunaux permet de cacher le pouvoir du juge et offre à l'institution de multiples occasions de l'accroître. Le procédé est éprouvé. Au Canada, ces théories vont toutes dans la même direction. Le juge les utilise pour laisser entendre qu'il ne fait que reprendre une volonté qui n'est pas la sienne. Elles sont connues. Le journaliste Jean-Pierre Proulx en expose la trame de fond : « Dans la vision fédérale, les minorités francophones et la minorité anglophone sont les pendants symétriques des majorités de langue française au Québec et de langue anglaise au Canada. » Dans un article qui traite pourtant spécifiquement de la clause d'adhésion, il ajoute : « La politique fédérale est d'accorder aux uns et aux autres le même traitement y compris jusque dans le vocabulaire. »⁵⁷³

En somme, c'est vrai, il y a deux interprétations parfaitement possibles. Mais, lue conformément aux théories de la conception de la politique linguistique canadienne, la clause d'adhésion est un élément qui renforce l'intention symétrique. Les premières décisions judiciaires qui suivent le rapatriement constitutionnel le confirment.

b) La reprise de la stratégie judiciaire après l'enchâssement de nouveaux droits linguistiques dans la Constitution.

Les tribunaux règlent l'essentiel des questions que pose l'article 23 dans les deux années qui suivent le rapatriement constitutionnel. Le 26 juin 1984, la Cour d'appel de l'Ontario en dégage les principes (des principes élaborés de façon à trouver application dans toutes les provinces) et le mois suivant, le 26 juillet, la Cour suprême du Canada statue sur le rapport existant entre la *Charte canadienne* et la loi 101 (confirmant qu'un nouveau pouvoir de

⁵⁷³ Jean-Pierre PROULX, « Le choc des Chartes : histoire des régimes juridiques québécois et canadien en matière de langue d'enseignement », (1989) 23 *R.J.T.* 67, 171.

contrôle se trouve entre les mains des tribunaux). À chaque occasion, la stratégie remonte à la surface : les juges dissimulent leur pouvoir derrière l'intention législative sur les langues officielles.

En 1986, la Cour suprême opère (à la majorité), dans trois arrêts qu'elle rend simultanément, un virage à 180 degrés sur un aspect de la question de l'interprétation des droits linguistiques. Mais elle demeure unanime sur le reste : juges majoritaires et minoritaires fondent leur raisonnement sur l'intention législative lue à partir des théories de la conception de la politique linguistique canadienne. Les droits linguistiques sont toujours interprétés symétriquement.

Deux ans plus tard, le plus haut tribunal rend trois autres décisions d'importance en matière linguistique. L'arrêt *Ford* retient particulièrement l'attention. Un doute émerge. La Cour suprême crée-t-elle un espace pour la reconnaissance de la spécificité québécoise dans l'interprétation de la *Charte canadienne* ? Est-ce un développement sur lequel pourra plus tard s'appuyer la francophonie afin de travailler à sa réconciliation ? Avant d'y arriver, reprenons l'analyse chronologique.

- Des principes larges et uniformes, un pouvoir judiciaire accru

Le *Renvoi ontarien sur le droit à l'instruction dans la langue de la minorité* (officiellement intitulé *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights*, dans lequel le plus haut tribunal de l'Ontario se prononce sur la conformité de la loi scolaire de la province avec la *Charte canadienne*) est un « incontournable » pour qui étudie l'évolution de la jurisprudence portant sur les droits linguistiques au Canada⁵⁷⁴. Il représente la première tentative judiciaire de formuler les principes retrouvés à l'article 23 de la *Charte canadienne*. Il peut être résumé en deux points.

Primo, la Cour d'appel de l'Ontario dit qu'elle n'entend pas écrire la loi en lieu et place de la législature ontarienne. De plus, ajoute-t-elle, la *Charte canadienne* ne dicte pas de méthode précise à être appliquée pour que ses objectifs soient remplis. C'est qu'il revient aux

⁵⁷⁴ Stéphanie CHOUINARD, *La question de l'autonomie des francophones hors Québec : Trois décennies d'activisme judiciaire en matière de droits linguistiques au Canada*, thèse de doctorat, Université d'Ottawa, Faculté des Sciences sociales, École d'études politiques, 2016, p. 96.

provinces de légiférer en matière d'éducation, et que la *Charte canadienne* ne fait qu'encadrer cette compétence exclusive⁵⁷⁵.

La Cour d'appel de l'Ontario se propose donc d'énoncer les principes qui doivent être respectés par les législatures provinciales dans l'exercice de leur compétence : les enfants disposant du droit à l'instruction dans la langue de la minorité n'ont pas à être membres de la communauté minoritaire ; le calcul du nombre suffisant ne peut être fixé à l'avance arbitrairement ; le critère du nombre suffisant ne peut être abordé uniquement en fonction des délimitations scolaires fixées à l'avance ; etc.

Ces principes sont alors énoncés pour le contexte ontarien, mais tout indique qu'ils ont vocation à devenir des principes applicables partout au Canada, dans tous les contextes. Les autorités fédérales poussent du moins en faveur d'une telle interprétation. Dans une note de service retrouvée dans le fonds d'archives du ministère fédéral de la Justice (détenu par Bibliothèque et Archives Canada), datée du 4 septembre 1985 et portant la cote de sécurité « confidentiel », la position fédérale sur la mise en œuvre de l'article 23 est rattachée explicitement aux motifs exprimés dans le *Renvoi ontarien*⁵⁷⁶. En prévision d'une conférence fédérale-provinciale prévue les 12 et 13 septembre 1985, la note suggère d'inviter les provinces à appliquer directement ce renvoi chez elles sans passer par de nouvelles actions judiciaires sous prétexte que ces dernières « soulèvent souvent les mêmes problèmes » partout à travers le Canada (traduction libre)⁵⁷⁷. On veut aussi avancer que cette « décision historique [...] peut servir de guide utile à toutes les provinces pour la révision de leur législation » (traduction libre)⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights*, (1984) 47 O.R. (2d) 1, 37 (C.A.).

⁵⁷⁶ Une demande d'accès à l'information auprès de Bibliothèque et Archives Canada, à Ottawa, a été nécessaire pour pouvoir la consulter.

⁵⁷⁷ Dans le texte : « *invite the jurisdictions to reflect on this advice of the Ontario Court of Appeal rather than getting more involved in court actions which often raise the same issues in different provinces* ».

⁵⁷⁸ Dans le texte : « *note that the landmark decision of the Ontario Court of Appeal in the Ontario Reference may serve as a useful guide to all jurisdictions for the review of their legislation* ». Une autre note de service, exprimant la même position fédérale, portant la même cote de sécurité, datée cette fois du 12 mai 1986 et rédigée en vue d'une conférence fédérale-provinciale prévue les 13 et 14 mai 1986, a également été retrouvée dans le fonds d'archives du ministère fédéral de la Justice.

Une auteure croit que « le casse-tête que pose l'article 23 » est « une des raisons pour laquelle les juges préfèrent ne pas donner trop de détails »⁵⁷⁹. Une lecture du *Renvoi ontarien* fidèle à la théorie réaliste de Michel Troper explique que le tribunal préfère énoncer des principes avant d'écrire la loi que doit adopter l'Ontario en raison de considérations stratégiques. En proposant largement les mêmes principes applicables partout, les juges se donnent la possibilité d'accroître leur pouvoir en annonçant qu'il conserve la plus grande marge de manœuvre pour scruter toutes les lois provinciales. À l'inverse, s'ils disaient que les principes pourraient être différents ici ou là, la conséquence serait d'annoncer d'emblée que leur pouvoir d'intervention pourrait être plus limité dans tel ou tel contexte. De plus, l'élaboration d'une telle mosaïque réduirait leur influence au Canada, car chaque province pourrait se justifier de ne pas se sentir concernée par un arrêt ou un autre. C'est avec des principes uniformes que les juges étendent leur influence et leur pouvoir⁵⁸⁰. L'asymétrie n'est pas dans l'intérêt des juges.

Deuxio, la Cour d'appel de l'Ontario confirme l'importance de prendre en compte l'histoire législative afin de déterminer l'intention des constituants, et d'en faire une lecture conforme aux théories de la conception de la politique linguistique canadienne. C'est ainsi, bien que la Cour se garde de dire qu'elle est déterminante, que « l'histoire pourrait avoir plus qu'une pertinence marginale » en la matière (traduction libre) et qu'une interprétation large des textes constitutionnels inclurait « la prise en compte des développements historiques » (traduction libre)⁵⁸¹.

Viennent ensuite les questions que pose le *Renvoi* : le droit à l'instruction dans la langue de la minorité comme le prévoit la *Charte canadienne* comprend-il un droit de gestion et de contrôle des établissements scolaires ?

⁵⁷⁹ Stéphanie CHOUINARD, *La question de l'autonomie des francophones hors Québec : Trois décennies d'activisme judiciaire en matière de droits linguistiques au Canada*, thèse de doctorat, Université d'Ottawa, Faculté des Sciences sociales, École d'études politiques, 2016, p. 123.

⁵⁸⁰ Le pouvoir c'est la « capacité de déterminer le comportement d'autrui » (Michel TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 15). C'est un « phénomène d'autorité » rencontré « dès lors qu'une personne ou un collège est en mesure d'imposer sa volonté à autrui » (Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN et Pierre PACTET, *Droit constitutionnel*, 35^e éd., Paris, Dalloz, 2017, p. 9).

⁵⁸¹ Dans le texte : « *more than some peripheral relevance* » ; « *would include a consideration of the historical developments* » : *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights*, (1984) 47 O.R. (2d) 1, 16 et 17 (C.A.).

La Cour le reconnaît, un tel droit de gestion et de contrôle n'est pas « expressément déclaré » à l'article 23 (traduction libre) (dans le texte : « *not stated expressly* »)⁵⁸². On se souvient même, en outre, que les législateurs ont explicitement décidé de ne pas l'inclure dans le projet de Charte. C'est entendu. C'est reconnu. Mais la Cour déclare tout de même que l'article 23 comprend un droit de gestion et de contrôle. Comment est-ce possible ?

La Cour conclut ainsi précisément parce que l'histoire législative lue conformément aux théories de la conception de la politique linguistique canadienne l'y invite. Le plus haut tribunal ontarien l'affirme à sa manière : « il ne semble pas qu'il faille se fier à des déclarations précises faites devant le Parlement ou devant le comité au sujet de ce qui est envisagé, mais plutôt au contexte historique des nouvelles dispositions » (traduction libre)⁵⁸³. Autrement dit, ce qui est pertinent, ce n'est pas ce que les législateurs ont pu dire ici ou là, au détail près. Ce qui est pertinent, c'est plutôt ce qui s'est dit à la lumière des théories élaborées pour comprendre la problématique abordée.

Que le droit de gestion et de contrôle soit prévu ou pas dans la *Charte canadienne* est une question accessoire à la question principale de l'intention législative relative au droit à l'instruction dans la langue de la minorité, qui est symétrique. Il est à cet égard marquant que la Cour d'appel de l'Ontario ait senti le besoin de citer plus tôt les paroles de l'ancien ministre de la Justice Jean Chrétien. Lors d'une comparution devant le *Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada* en 1980, note la Cour, Chrétien dit ceci : « ce que nous recherchons c'est de donner aux francophones hors Québec à peu près l'équivalent de ce que les Anglophones ont ou avaient au Québec autrefois »⁵⁸⁴.

Dans l'édition de 1985 de son ouvrage *Constitutional Law of Canada*, le professeur de droit Joseph Eliot Magnet reprend mot pour mot ces paroles du ministre Chrétien : l'intention est de donner aux minorités françaises les droits qu'exercent déjà les Anglo-Québécois. Or, de noter Magnet, « les anglophones du Québec contrôlent l'administration et le fonctionnement

⁵⁸² *Id.*, 29.

⁵⁸³ Dans le texte : « *it does not appear that reliance should be placed upon specific statements made in Parliament or in committee as to what is contemplated, but rather the historical context of the new provisions* » (*id.*, 34).

⁵⁸⁴ P. 24, qu'il faut lire à partir des théories de la conception de la politique linguistique canadienne.

des écoles de langue anglaise » (traduction libre)⁵⁸⁵. Il faut donc nécessairement, selon lui, que le droit à l'instruction dans la langue de la minorité comprenne le droit de gestion et de contrôle.

Magnet est aussi l'un des principaux théoriciens de la conception de la politique linguistique canadienne. On l'a vu, celui-ci démontre que l'intention législative sur les langues officielles est fondée sur le mythe de l'égalité, qui mène à la construction de droits linguistiques offrant des garanties réciproques. On pourra aussi noter que le procureur général du Canada (Trudeau demeure en poste jusqu'au 30 juin 1984) intervient dans le *Renvoi ontarien* pour soutenir le droit de gestion et de contrôle des minorités linguistiques. À la lumière des théories de la participation, la Cour d'appel de l'Ontario pouvait conclure sans risquer de se tromper (dans son renvoi publié le 26 juin 1984) que l'intention législative était d'inclure le droit de gestion et de contrôle dans la *Charte canadienne*.

En conclusion, la loi ontarienne est déclarée ne pas respecter la Constitution : elle est contraire aux principes retrouvés à l'article 23 énoncés par la Cour, et elle ne fait pas suffisamment de place au droit de gestion et de contrôle⁵⁸⁶.

Le mois suivant, dans l'arrêt *Quebec Protestant School Boards*, où il est question de la conformité de la loi 101 avec le droit à l'instruction dans la langue de la minorité prévu dans la *Charte canadienne*, la Cour suprême du Canada reprend la même stratégie. Ainsi, elle protège et renforce son pouvoir.

- Des droits symétriques pour la protectrice des minorités officielles

On comprend d'abord que l'histoire législative doit jouer un rôle particulièrement important en matière de droits linguistiques. Le droit à l'instruction dans la langue de la minorité n'est pas, note la Cour, « la codification de droits essentiels, préexistants et plus ou moins universels ». Il constitue plutôt, « dans sa spécificité, un ensemble unique de dispositions constitutionnelles, tout à fait particulier au Canada »⁵⁸⁷. Pour le comprendre, doit-on ajouter,

⁵⁸⁵ Joseph Eliot MAGNET, *Constitutional Law of Canada. Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2^e édition, vol. 2, Toronto, Carswell, 1985, p. 1501.

⁵⁸⁶ La Cour ne cherche pas à savoir si la loi ontarienne est raisonnable et si elle peut se justifier « dans le cadre d'une société libre et démocratique », comme l'y invite l'article premier de la *Charte canadienne*.

⁵⁸⁷ *Québec (Procureur général) c. Québec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, 79.

c'est l'intention législative sur les langues officielles, spécialement au Canada, qu'il faut étudier.

Pour protéger son pouvoir, la Cour suprême le dissimule derrière l'intention du constituant. Elle s'apprête à déclarer la loi 101 inconstitutionnelle, mais elle n'y est pour rien ; le constituant cherchait précisément ce résultat. « [C]e n'est pas aux tribunaux qu'il appartient d'en décider », dit-elle explicitement⁵⁸⁸. À lire ce qu'elle affirme, il n'y a pas de place pour le doute :

- la loi 101 « est apparue au constituant comme un archétype des régimes à réformer ou que du moins il fallait affecter »⁵⁸⁹ ;
- « la Loi 101 ait été particulièrement présente à l'esprit du constituant lorsqu'il a édicté l'art. 23 »⁵⁹⁰ ;
- « le constituant avait particulièrement le Québec en vue lorsqu'il a édicté l'art. 23 »⁵⁹¹ ;
- la loi 101 « apparaît de façon évidente comme le type de régime juridique qui a dicté l'art. 23 au constituant »⁵⁹² ;
- « on peut se demander si le constituant aurait rédigé comme il l'a fait l'art. 23 de la Charte [canadienne] s'il n'avait eu sous les yeux le modèle [trouvé dans la loi 101] que, dans une bonne mesure, il voulait justement contrer par l'art. 23 »⁵⁹³ ;
- la loi 101 est « le genre de régime auquel il [le constituant] veut remédier »⁵⁹⁴.

Considérant que les juges précisent généralement que l'histoire législative n'est pas déterminante pour trancher une question, « la belle assurance dont fai[t] preuve l'ensemble de la Cour » dans l'arrêt *Quebec Protestant School Boards* est frappante⁵⁹⁵.

Pour accroître son pouvoir, la Cour suprême ne manque pas de donner une interprétation symétrique au droit à l'instruction dans la langue de la minorité, ce qui annonce qu'elle détient toute la marge de manœuvre pour scruter la validité de toutes les lois provinciales. Il ne serait pas dans son intérêt de s'empêtrer dans des considérations limitant son pouvoir

⁵⁸⁸ *Id.*

⁵⁸⁹ *Id.*, 80.

⁵⁹⁰ *Id.*, 82.

⁵⁹¹ *Id.*

⁵⁹² *Id.*

⁵⁹³ *Id.*, 84.

⁵⁹⁴ *Id.*

⁵⁹⁵ Jacques GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 62.

d'intervention en contexte québécois sous prétexte que l'Assemblée nationale du Québec détiendrait davantage d'espace, vu la situation particulière dans laquelle se trouve le français au Canada.

C'est dans cette optique que la Cour écrit que le constituant « connaissait et il avait évidemment à l'esprit le régime juridique réservé aux minorités linguistiques anglophone et francophone », citant immédiatement dans la même phrase le Règlement 17 (qui a prohibé l'enseignement en français en Ontario, en vigueur de 1913 à 1944) et la loi 101 (qui encadre depuis 1977 l'accès à l'école de langue anglaise au Québec). La Cour suprême tient à se garantir tout le pouvoir d'intervenir pour protéger toutes les minorités officielles. Elle a davantage à se donner ce rôle afin d'accroître aussi son prestige. Elle poursuit :

À tort ou à raison, ce n'est pas aux tribunaux qu'il appartient d'en décider, le constituant a manifestement jugé déficients certains des régimes en vigueur au moment où il légiférait, et peut-être même chacun d'entre eux, et il a voulu remédier à ce qu'il considérait comme leurs défauts par des mesures réparatrices *uniformes* [...]. Sans doute est-ce un *régime général* que le constituant a voulu instaurer au sujet de la langue de l'enseignement par l'art. 23 de la Charte et non pas un régime particulier pour le Québec. (italiques ajoutés)⁵⁹⁶

Puis la Cour suprême confirme une nouvelle fois la construction symétrique des droits linguistiques : « Le plan du constituant paraît simple et s'infère facilement de la méthode concrète qu'il a suivie : adopter une règle générale qui garantit aux minorités francophone et anglophone du Canada une partie importante des droits dont la minorité anglophone du Québec avait joui avant l'adoption de la Loi 101 relativement à la langue de l'enseignement. »⁵⁹⁷

Cette intention symétrique est en 1984 une véritable aubaine pour la Cour. La *Charte canadienne* prévoit que les droits qu'elle garantit peuvent être restreints « par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique » (art. 1). La Cour suprême, qui s'apprête à déclarer la loi 101 inconstitutionnelle, ne doit-elle donc pas passer par cette étape et exprimer d'une manière ou d'une autre en quoi, selon elle, la loi 101 n'est pas raisonnable et ne peut se justifier dans une société libre et démocratique ?

⁵⁹⁶ *Québec (Procureur général) c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, 79.

⁵⁹⁷ *Id.*, 84.

Non, dans cette première bataille judiciaire opposant la Charte canadienne et la loi 101, au lendemain d'un rapatriement imposé malgré le désaccord québécois, la Cour suprême peut se sauver d'un tel exercice⁵⁹⁸. C'est que l'intention du constituant à voir à l'invalidation de cette partie de la loi 101 est tellement claire, qu'elle n'a pas, comme tribunal qui ne fait que divulguer une intention qui n'est pas la sienne, à s'y aventurer :

Si, comme il est clair, le chapitre VIII de la Loi 101 est le prototype de régime auquel le constituant veut remédier par l'adoption de l'art. 23 de la Charte [canadienne], il est inconcevable que les restrictions que ce régime impose aux droits relatifs à la langue de l'enseignement puissent, pour autant qu'elles sont incompatibles avec l'art. 23, avoir pu être considérées par le constituant comme se confinant à « des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Les restrictions imposées par le chapitre VIII de la Loi 101 ne sont donc pas des restrictions légitimes au sens de l'art. 1 de la Charte [canadienne], pour autant que ce dernier s'applique à l'art. 23.⁵⁹⁹

Pour plus de précision, il n'y a qu'à ajouter, par l'absurde, que la loi 101 est tellement restrictive des droits de la *Charte canadienne* qu'elle est comme une loi qui imposerait une religion d'État. Comme cette dernière, exagérément restrictive de la liberté de conscience et de religion aussi protégée par la *Charte canadienne*, la loi 101 ne peut évidemment pas se justifier dans « une société libre et démocratique » :

Une loi du Parlement ou d'une législature qui par exemple prétendrait imposer les croyances d'une religion d'État entrerait en conflit direct avec l'al. 2a) de la Charte [canadienne] qui garantit la liberté de conscience et de religion, et devrait être déclarée inopérante sans qu'il y ait même lieu de se demander si une telle loi est susceptible d'être légitimée par l'art. 1 [de la *Charte canadienne*]. Il en va de même pour le chapitre VIII de la Loi 101 vis-à-vis de l'art. 23 de la Charte.⁶⁰⁰

La loi 101 doit donc céder. Elle cherche à déroger à la *Charte canadienne* alors que la clause dérogatoire qui y est prévue est inapplicable aux droits linguistiques. Elle cherche à modifier la *Charte canadienne* alors que pour procéder à de telles modifications il faut passer par la

⁵⁹⁸ Le fonds d'archives du ministère fédéral de la Justice (détenu par Bibliothèque et Archives Canada) contient un document daté du 1^{er} novembre 1982 devant servir à préparer les membres du gouvernement à une éventuelle question à la Chambre des communes portant sur l'affaire *Quebec Protestant School Boards*. Avec la « question orale prévue » (« *anticipated oral question* »), il y a la « réponse proposé[e] » (« *suggested reply* »), selon laquelle l'affaire est alors en appel, que le procureur général du Canada est intervenant, et que le gouvernement fédéral n'entend donc pas commenter. L'aspect intéressant de ce document est toutefois ailleurs, dans les renseignements généraux qui l'accompagnent. Des fonctionnaires à Ottawa s'inquiètent : Québec « conteste la légitimité de la Charte [canadienne] » ; possiblement « que le gouvernement du Québec n'accepterait pas de respecter un jugement final en appel » dans l'affaire *Quebec Protestant School Boards*.

⁵⁹⁹ *Québec (Procureur général) c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, 84.

⁶⁰⁰ *Id.*

formule d'amendement prévue dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. Et vous l'aurez deviné, cette attaque contre la loi 101 peut ouvrir de nouvelles portes pour faire progresser les droits du français hors Québec.

En 1982, l'affaire *Quebec Protestant School Boards* est entendue rapidement en première instance par le juge Jules Deschênes de la Cour supérieure du Québec. Lorsque le verdict tombe, le député fédéral Jean-Robert Gauthier, le défenseur infatigable des droits des Franco-Ontariens, écrit au premier ministre Trudeau pour s'en réjouir⁶⁰¹. La loi 101 est attaquée (et avec elle le statut du français au Québec), certaines de ses dispositions les plus importantes sont mises au rancart, et Gauthier se met à rêver des vallées verdoyantes qui pourraient réciproquement émerger de cette décision pour les minorités françaises. Le 15 septembre 1982, il s'exprime ainsi :

Mon cher Premier ministre,

J'ai été *particulièrement satisfait* du jugement du Juge Deschênes la semaine dernière, jugement mettant en évidence la primauté du droit individuel par rapport au droit collectif en matière de langue d'enseignement.

Comme vous le savez sans doute, *ce jugement devrait donner aux francophones hors Québec de nouvelles armes* dans les luttes qu'ils doivent sans cesse poursuivre pour forcer les provinces anglophones à respecter leurs droits à l'éducation. (italiques ajoutés)

Gauthier poursuit en soulignant que l'Ontario se traîne les pieds et qu'il faut trouver une façon de lui forcer la main. Il voit dans le succès qu'a la *Charte canadienne* pour les Anglo-Québécois un gage de succès pour les Franco-Ontariens :

Cependant, cette première jurisprudence (jugement Deschênes) semble ouvrir la voie à une contestation devant les tribunaux visant à forcer le gouvernement ontarien à respecter sa signature [au bas de la nouvelle Constitution].

J'espère sincèrement que ces démarches juridiques seront *aussi fructueuses pour la minorité francophone de l'Ontario qu'elles le furent pour la minorité anglo-québécoise*. (italiques ajoutés)

⁶⁰¹ La lettre a été retrouvée dans le fonds d'archives du ministère fédéral de la Justice, détenu par Bibliothèques et Archives Canada, à Ottawa. Une demande d'accès à l'information a été nécessaire pour en obtenir copie.

Le même jour, Gauthier écrit également au ministre Gerald Regan, secrétaire d'État du Canada, pour l'inciter à mettre de la pression sur l'Ontario⁶⁰². Les conséquences de l'affaire *Quebec Protestant School Boards* ne peuvent qu'être symétriques : « il semble que cette première jurisprudence puisse avoir des effets sur les groupes minoritaires dans d'autres provinces canadiennes ». Gauthier demande donc à Regan de s'appuyer « sur le jugement Deschênes » pour exiger le droit de gestion et de contrôle des établissements scolaires au profit des francophones de l'Ontario.

Cette lecture symétrique est également celle que font les organismes de défense des intérêts des minorités françaises. Après le *Renvoi ontarien* et l'arrêt *Quebec Protestant School Boards*, certains d'entre eux voudraient plus rapidement voir leurs revendications devenir des réalités. Le 12 août 1985, la Fédération des francophones hors Québec écrit au nouveau premier ministre fédéral Brian Mulroney pour l'inciter à procéder à un renvoi à la Cour suprême du Canada afin qu'elle statue plus largement sur la portée de l'article 23 de la *Charte canadienne*⁶⁰³. L'organisme souhaite « obtenir une interprétation de nos droits scolaires constitutionnels, interprétation applicable à la grandeur du pays ».

L'année suivante, l'Association canadienne-française de l'Alberta fait la même demande⁶⁰⁴. Elle fait une lecture symétrique de l'arrêt *Quebec Protestant School Boards*, selon laquelle ce qui est donné à l'anglais au Québec le sera pour le français dans le reste du Canada. Ainsi, « [c]ette décision est très utile pour établir le caractère réparateur de l'article 23 et l'intention du constituant de fournir aux francophones hors Québec un régime généralement équivalent à celui dont jouissent les anglophones du Québec ».

L'organisme cherche même à défaire tout présupposé voulant qu'il puisse y avoir de l'asymétrie quelque part. Il écrit : « nous sommes conscients du fait que la situation de la minorité varie d'une province à l'autre et que le régime scolaire est particulier à chaque province ». Mais ajoute aussitôt : « Il existe cependant de bonnes raisons de mettre en doute le bien-fondé de ce raisonnement et je voudrais en soulever quelques-unes ici. » L'arrêt

⁶⁰² Cette lettre se trouve aussi dans le fonds d'archives du ministère fédéral de la Justice. On y retrouve de plus au même effet une lettre que Gauthier adresse au ministre de la Justice de l'époque, Mark MacGuigan, le successeur de Jean Chrétien.

⁶⁰³ La lettre a été retrouvée dans le fonds d'archives du ministère fédéral de la Justice.

⁶⁰⁴ Voir aussi le fonds d'archives du ministère fédéral de la Justice.

Quebec Protestant School Boards est alors cité en renfort : selon ce dernier, de dire l'organisme, « l'article 23 vise à établir une norme minimale applicable à l'échelle du pays pour équilibrer les droits linguistiques des francophones hors Québec et des anglophones du Québec en matière scolaire ».

L'Association canadienne-française de l'Alberta souhaite un renvoi à la Cour suprême afin d'accélérer le pas. Elle ne souhaite pas attendre des décisions contradictoires de différentes instances provinciales pendant une décennie puis, enfin, l'intervention de la Cour suprême du Canada, plus tard animée par le désir de remettre de l'ordre. Car en attendant, les droits constitutionnels lui semblent plutôt théoriques. Des lois provinciales sont déclarées contraires à la Constitution, les questions rebondissent devant les assemblées législatives des provinces anglophones, de nouveaux projets de loi sont déposés, débattus, adoptés, puis contestés de nouveau, et les minorités françaises sont contraintes de revenir débattre devant les assemblées législatives. Les Franco-Ontariens en savent quelque chose depuis le *Renvoi ontarien* de 1984. L'Association canadienne-française de l'Alberta veut donc voir immédiatement « clarifier les normes minimales auxquelles les provinces doivent satisfaire ».

En octobre 1986, le gouvernement fédéral refusera de donner suite à la demande sous prétexte que l'absence de « faits concrets » exigerait de la Cour suprême qu'elle tranche « dans l'abstrait ».

Bref, dans les premières années qui suivent le rapatriement, la jurisprudence énonce des droits symétriques, le gouvernement fédéral pousse en faveur d'une telle interprétation, et les francophones hors Québec emboîtent le pas. Le Québec et les minorités françaises se trouvent à avoir des intérêts juridiques opposés. Le piège est renforcé.

Depuis le début de l'aventure avec le premier événement construisant l'intention législative sur les langues officielles, en 1867, on peut dire que les tribunaux naviguent dans l'unanimité à son sujet. La seconde moitié de la décennie 1980 offre donc un spectacle jusqu'ici inédit : d'abord on doute de l'approche à adopter pour l'interprétation des droits linguistiques (c'est la trilogie judiciaire de 1986) ; ensuite on trouve matière à laisser entendre qu'il pourrait y avoir une telle chose que l'interprétation asymétrique (il s'agit de l'arrêt *Ford* et de la reconnaissance du contexte particulier du Québec).

- La trilogie de 1986 : une volte-face dans la continuité

Pierre Elliott Trudeau quitte officiellement la vie politique le 30 juin 1984. Peu après, des élections fédérales sont déclenchées. Le 4 septembre, Brian Mulroney, le chef qui promet notamment de réparer l'injustice subie par le Québec à l'occasion du rapatriement constitutionnel, prend le pouvoir. L'approche conciliante de Mulroney porte fruit : le Parti progressiste-conservateur se retrouve aux commandes à Ottawa avec les trois quarts des sièges du Québec, arrachés aux libéraux fédéraux.

L'année suivante, le Québec aussi vit un changement de régime. Le 2 décembre 1985, après les neuf années d'un gouvernement souverainiste à Québec, le Parti libéral de Robert Bourassa reprend le pouvoir. Le nouveau premier ministre québécois accepte aussitôt la main tendue de Mulroney et pose les conditions minimales pouvant permettre la réconciliation. Mulroney souhaite voir Québec apposer sa signature « avec honneur et enthousiasme » au bas de la Constitution canadienne. Bourassa croit pouvoir sceller pour longtemps le sort du souverainisme grâce à l'enchâssement de la reconnaissance du caractère distinct du Québec.

Le Canada et le Québec se trouvent donc plongés dans un tout nouveau contexte politique. La dynamique de confrontation – avec Trudeau à Ottawa (de 1968 à 1984, presque sans interruption) et René Lévesque à Québec (de 1976 à 1985) – cède la place à un retour du dialogue entre les deux capitales. Un nouveau projet de réforme constitutionnelle est même appelé à voir le jour, cette fois dans la bonne entente. C'est dans ce contexte qu'en 1986, la Cour suprême du Canada opère (à la majorité) un virage à 180 degrés sur un aspect de la question de l'interprétation des droits linguistiques. Il n'y a pas de hasard.

Depuis le premier événement construisant l'intention législative sur les langues officielles (1867), les tribunaux retiennent, entre plusieurs possibilités, l'interprétation qui permet le mieux l'avancement des droits linguistiques constitutionnels. C'est ainsi qu'un processus bilingue d'adoption des lois confère à l'une et l'autre des versions française et anglaise la prétention d'exprimer également l'intention législative, même si l'article 133 de la L.C. 1867 qui l'inspire ne prévoit que l'obligation d'imprimer et de publier les lois dans les deux langues, sans plus (voir les arrêts *Robinson* et *Dubois*, 1891 et 1935). De même, entre la possibilité de faire de l'article 133 un plafond ou un plancher dans la protection du français et de l'anglais au Canada, les tribunaux choisissent d'en faire un plancher permettant aux

parlements d'y ajouter des garanties (voir les affaires *Jones* et *Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal*, 1975 et 1976).

Puis, au plus fort de la confrontation Québec-Canada sur les droits linguistiques, une stipulation voulant qu'« il pourra être fait également usage, à faculté, de l'une ou l'autre » des langues française ou anglaise devant les tribunaux « établis sous l'autorité de la présente loi [la L.C. 1867] » devient l'occasion d'inclure tous les tribunaux judiciaires et quasi judiciaires sous l'article 133. Les quelques considérations qui s'y trouvent permettent de déclarer l'existence d'un droit d'utiliser le français ou l'anglais dans tous les documents judiciaires et de créer l'obligation que les règlements des tribunaux soient adoptés dans les deux langues. Le passage suivant, selon lequel « [l]es lois du parlement du Canada et de la législature de Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues », est le prétexte pour étendre l'obligation de bilinguisme législatif aux règlements du gouvernement, et plus largement aux mesures de nature législative qui émanent du gouvernement. Il permet en outre de déclarer que l'une et l'autre des versions des lois, règlements et autres mesures font pareillement autorité (voir les arrêts *Blaikie* et *Forest*, 1979, l'arrêt *Blaikie* de 1981 et le *Renvoi manitobain* de 1985).

Enfin, les tribunaux n'hésitent pas à reconnaître que le droit à l'instruction dans la langue de la minorité comprend aussi un droit de gestion et de contrôle des institutions scolaires, et ce, même s'il n'en est jamais clairement question à l'article 23 de la *Charte canadienne* (voir le *Renvoi ontarien* de 1984). Et la Cour suprême du Canada élargit au même moment l'accès à l'école dans la langue de la minorité au Québec à l'aide de l'article 23, sans jamais reconnaître la possibilité qu'une preuve soit admise sur le caractère raisonnable de la loi 101. L'interprétation qui permet le mieux l'avancement des droits linguistiques constitutionnels étouffe le débat ; impossible que la loi 101 puisse se justifier « dans le cadre d'une société libre et démocratique » même si la *Charte canadienne* ouvre elle-même ce débat à son article premier (voir l'arrêt *Quebec Protestant School Boards*, 1984).

Cela dit, une majorité de juges de la Cour suprême rompent avec cette approche le 1^{er} mai 1986. Dans trois arrêts publiés simultanément, ils proposent une interprétation restrictive des droits linguistiques. Leur progression trouve donc enfin leur limite. Dans les arrêts *MacDonald* et *Bilodeau*, la Cour reconnaît que l'article 133 (et son équivalent manitobain)

couvre tous les documents judiciaires, mais elle refuse (à la majorité) de déclarer que le choix d'un citoyen d'utiliser le français ou l'anglais dans la procédure judiciaire impose à l'État l'obligation correspondante d'utiliser en retour la langue choisie par le citoyen. Dans l'arrêt *Société des Acadiens*, la Cour décide (à la majorité) que « le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux du Nouveau-Brunswick » (prévu dans la *Charte canadienne*) ne donne pas le droit d'être entendu par un juge pouvant comprendre directement les plaidoiries en français et en anglais, sans interprète. Comment expliquer un tel revirement ?

Le professeur de droit Michael Mandel est d'avis que la Cour suprême cherche, durant toute cette dernière séquence, « la meilleure façon de préserver le *statu quo* social »⁶⁰⁵. De ce point de vue, il faut conclure que, jusqu'en 1985, la meilleure façon d'y arriver était d'interpréter largement les droits linguistiques.

Ainsi, dans les années qui suivent la Confédération, on comprend que la bonne entente entre les deux majorités linguistiques du pays et donc la stabilité politique du Canada, soient mieux assurées en protégeant la place de l'anglais à Québec et celle du français à Ottawa. Ce marché était alors susceptible de contenter le plus grand nombre. Et lorsque la relation Québec-Canada commence à chauffer à partir des années 1960, les juges ont pu penser que la Constitution allait mieux apparaître comme la protectrice de *nos* droits si elle donnait une certaine liberté d'action à chaque ordre de gouvernement tout en permettant surtout la progression des droits des minorités françaises en échange d'un recul de la loi 101.

Mais après 1985, avec l'arrivée du tandem Bourassa-Mulroney, « la meilleure façon de préserver le *statu quo* social » n'est plus ce qu'elle était, peut-on penser. La fin du souverainisme à Québec, l'intention de Bourassa de revoir certains aspects de la loi 101 afin d'en diminuer la portée, ce nouveau contexte n'exige plus des tribunaux une interprétation large des droits linguistiques. Au contraire, note Mandel, il s'agit maintenant de modérer les attaques à l'endroit de la politique linguistique québécoise afin de démontrer que le fédéralisme canadien offre un espace intéressant pour le Québec.

⁶⁰⁵ Michael MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, traduit de l'anglais par Hervé Juste, Montréal, Boréal, 1996, p. 238.

Bref, dans la confrontation Québec-Canada, les droits des minorités officielles apparaissent comme la clé de voûte de l'unité canadienne. On peut tempérer les ambitions du Québec en justifiant sa perte de marge de manœuvre par des droits émergeant réciproquement au profit surtout des minorités françaises. Mais lorsque la tension redescend, il faut alors aider le Québec à reconsidérer le fédéralisme canadien comme la bonne option, et un espace de liberté plus affirmé permet mieux de « préserver le *statu quo* social ». On permet au Québec de faire un gain avec l'arrêt *MacDonald*. C'est l'explication qu'offre Mandel au virage à 180 degrés opéré par une majorité de juges dans la trilogie de 1986.

À cette explication, le philosophe du droit Michel Troper ajouterait probablement que les tribunaux cherchent à maximiser leur pouvoir, c'est-à-dire à augmenter leur capacité à « déterminer le comportement d'autrui ». C'est ainsi qu'ils veulent rendre leur volonté « connaissable » grâce à une jurisprudence permettant aux autres acteurs juridiques (gouvernements et législateurs, au premier chef) « de prévoir les conséquences de leurs actions » et « de choisir parmi les conduites possibles celles qui leur seront les plus profitables »⁶⁰⁶.

Ainsi, après le jumelage *Blaikie-Forest* de 1979 qui permet astucieusement de rattacher le recul de la loi 101 à un gain potentiel pour le français au Manitoba, après le *Renvoi manitobain* de 1985 où le pouvoir judiciaire se permet d'invalider un siècle de législations unilingues anglaises tout en sauvant spectaculairement le Manitoba du chaos grâce à des principes non écrits pigés ici et là, la Cour suprême peut, en 1986, s'être mise à douter. L'accroissement continu de la portée des droits linguistiques ne peut-il pas fragiliser son pouvoir plutôt que de le protéger ? Une interprétation restrictive ne peut-elle pas assurer une meilleure prévisibilité de « l'attitude du juge »⁶⁰⁷, permettant aux autres acteurs juridiques de voir dans la jurisprudence un matériau stable sur lequel ils peuvent plus facilement s'appuyer, renforçant ainsi le pouvoir judiciaire ?

Un virage à 180 degrés est évidemment, en soi, critiquable. Si on juge que l'interprétation large rend la jurisprudence quelque peu imprévisible pour les autres acteurs juridiques (qui ne savent plus jusqu'où la Cour peut et pourra aller), changer son fusil d'épaule au profit

⁶⁰⁶ Michel TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 15.

⁶⁰⁷ *Id.*

d'une interprétation restrictive afin d'assurer une meilleure stabilité est en contradiction immédiate avec cet objectif ; il revient à dire qu'il faut être instable pour être plus stable.

Cette volte-face se fait néanmoins dans une remarquable continuité, qui peut avoir été l'élément permettant à la majorité des juges de la Cour suprême de croire qu'ils renforceraient leur pouvoir avec la trilogie de 1986. Car virage pas virage, le raisonnement reste unanimement fondé sur l'intention législative lue à partir des théories de la conception de la politique linguistique canadienne. Alors ?

- L'histoire législative, l'égalité Québec-Manitoba et des droits symétriques, toujours. Alors il y a l'arrêt *MacDonald*. Il met en scène Duncan Cross MacDonald, un homme ayant reçu une sommation à comparaître devant la Cour municipale de Montréal pour répondre à une contravention émise pour excès de vitesse (il est accusé d'avoir roulé à 84 km/h dans une zone de 50). La sommation n'est écrite qu'en français et, pour cette raison, MacDonald en conteste la validité constitutionnelle (si elle est invalide, c'est qu'elle est nulle, et si elle est nulle l'accusation tombe). À la question de savoir si le choix de l'accusé d'utiliser l'anglais dans la procédure judiciaire exige de la Ville de Montréal qu'elle utilise conséquemment elle-même également l'anglais, les juges se partagent en deux clans.

Six juges croient que non : le greffier de la Cour municipale de Montréal, qui signe la sommation à comparaître, pouvait utiliser uniquement le français, comme il aurait pu utiliser uniquement l'anglais, à son choix. Le juge Jean Beetz, qui rédige les motifs de la majorité, arrive à cette conclusion en se fondant, on le devine, sur l'histoire législative⁶⁰⁸. Il écrit :

Ce que ce contexte historique démontre, c'est que les Pères de la Confédération étaient bien au fait du vieux problème épineux des droits linguistiques ; ils connaissaient, ou ont dû connaître, les diverses expériences qui avaient été tentées dans ce domaine ; et ils disposaient de toute une panoplie de modèles législatifs où ils pouvaient puiser.⁶⁰⁹

Beetz cite différentes législations canadiennes ayant encadré la langue des tribunaux avant 1867, puis conclut :

⁶⁰⁸ Le juge Dickson se joint au juge Beetz dans de très brefs motifs distincts, mais il ne fait aucun commentaire sur le bien-fondé ou pas d'une lecture appuyée sur l'histoire législative.

⁶⁰⁹ *MacDonald c. Montréal (Ville)*, [1986] 1 R.C.S. 460, 493 et 494.

Dans une entente constitutionnelle historique [celle de 1867], précédée de la résolution 46 [adoptée dans la foulée de la Conférence de 1864] de Québec, qui a été réécrite soigneusement à plusieurs reprises [avant qu'elle ne trouve sa version finale], les Pères de la Confédération ont choisi le dernier système mentionné pour les tribunaux [c'est-à-dire] l'unilinguisme optionnel, au choix soit du tribunal, soit de la personne qui demande la délivrance d'un bref ou d'une pièce de procédure.⁶¹⁰

Autrement dit, les droits linguistiques « sont ceux des rédacteurs et des auteurs des actes et pièces de procédure, et non ceux de leurs destinataires ou de leurs lecteurs »⁶¹¹.

La majorité tranche donc en faveur de l'interprétation restrictive des droits linguistiques, limitant en conséquence les obligations constitutionnelles du Québec. Pour ce faire, elle reprend la stratégie qui fait le succès de la Cour depuis le début. Beetz s'appuie sur l'arrêt *Jones* pour rappeler qu'il est justifié de regarder l'histoire législative, et écrit : « Je le répète, le contexte historique contredit la position adoptée par l'appelant [Duncan Cross MacDonald] et les deux intervenantes [la Société franco-manitobaine et Alliance Québec, qui appuient l'appelant MacDonald]. »⁶¹²

Selon Beetz, le texte de l'article 133 est « parfaitement clair ». Il en énonce les limites :

L'article 133 a introduit non pas un programme ou système de bilinguisme officiel global, même en puissance, mais plutôt une forme limitée de bilinguisme obligatoire au niveau législatif, combinée à une forme encore plus limitée d'unilinguisme optionnel, au choix de la personne qui s'exprime dans les débats parlementaires ou dans une instance judiciaire, ainsi que du rédacteur ou de l'auteur de procédures ou de pièces de procédure judiciaires.⁶¹³

C'est dans ces limites que l'article 133 trouve sa nature : « Ce système incomplet mais précis, poursuit Beetz, représente un minimum constitutionnel résultant d'un compromis historique intervenu entre les fondateurs quand ils se sont entendus sur les modalités de l'union fédérale. »⁶¹⁴ Ce faisant, s'il peut être changé, croit encore Beetz, c'est par la voie d'une modification constitutionnelle, et pas autrement.

⁶¹⁰ *Id.*, 494.

⁶¹¹ *Id.*, 483.

⁶¹² *Id.*, 494. Dans cette affaire, on s'en souvient, la Société franco-manitobaine, qui défend les intérêts des francophones minoritaires du Manitoba, intervient contre le procureur général du Québec. Il s'agit du troisième épisode de division de la francophonie canadienne devant la Cour suprême. Notons aussi au passage l'existence d'un front commun dans l'affaire *MacDonald* entre les minorités françaises et les Anglo-Québécois, représentés ici par le lobby Alliance Québec.

⁶¹³ *Id.*, 496.

⁶¹⁴ *Id.*

Ce compromis historique, peut-être déplaît-il ainsi à Alliance Québec, qui souhaite voir progresser les droits de l'anglais au Québec. Peut-être déplaît-il aussi de manière analogue à la Société franco-manitobaine, qui voit les droits du français réciproquement limités hors Québec. Mais, encore une fois, cette somme de frustrations, Beetz annonce qu'il n'y est pour rien : « il n'appartient pas aux tribunaux, sous le couvert de l'interprétation, d'améliorer ce compromis constitutionnel historique, d'y ajouter ou de le modifier »⁶¹⁵.

Et pour ceux qui voudraient voir progresser les droits linguistiques en les rattachant, dans le cas d'espèce, aux règles de justice naturelle (comme le droit d'être entendu ou le droit à une défense pleine et entière), les juges majoritaires rappellent que les premiers sont « particuliers au Canada ». Les droits linguistiques « sont fondés sur un compromis politique plutôt que sur un principe et n'ont pas l'universalité, le caractère général et la fluidité des droits fondamentaux qui découlent des règles de la justice naturelle. Ils sont définis de manière plus précise et moins souple »⁶¹⁶. Duncan Cross MacDonald est donc coupable d'excès de vitesse ; la sommation écrite uniquement en français est conforme à la Constitution.

Une juge toutefois (la Cour suprême siège à sept juges dans l'affaire *MacDonald*), dissidente, répond au contraire par l'affirmative à la même question. Selon Bertha Wilson, le choix de l'accusé d'utiliser l'anglais dans la procédure judiciaire exige de la Ville de Montréal qu'elle utilise conséquemment elle-même également l'anglais. Elle est d'avis, au contraire de ses collègues, que le texte de l'article 133 est « ambigu », mais fonde ses conclusions contradictoires sur une rhétorique en tout point semblable à celle employée par Beetz et compagnie : « l'historique législatif, écrit Wilson, me semble démontrer clairement que la préoccupation principale était d'accorder aux citoyens des deux langues un accès réel au système judiciaire »⁶¹⁷. Elle poursuit : « Dans une société qui a, par souci historique, accordé

⁶¹⁵ *Id.*

⁶¹⁶ *Id.*, 500 et 501. Véronique Champeil-Desplats et Michel Troper disent que certaines contraintes ont des effets sur le discours juridique. Certaines mènent ainsi à la création de nouvelles théories permettant de justifier de nouvelles distinctions : Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Michel TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 11, à la page 17. Dans l'arrêt *MacDonald*, Beetz justifie l'interprétation restrictive en distinguant les droits linguistiques des autres droits protégés par la *Charte canadienne*. Il y a, selon lui, les droits linguistiques, qui découlent de compromis politiques, qui sont plus précis et moins souples. Et il y a les autres droits, qui sont universels, généraux, fluides, et fondés, eux, sur des principes.

⁶¹⁷ *MacDonald c. Montréal (Ville)*, [1986] 1 R.C.S. 460, 537 et 538.

la protection constitutionnelle à deux langues relativement aux procédures judiciaires, l'État ne peut usurper le droit d'une personne de recevoir des communications dans la langue qu'elle comprend.»⁶¹⁸ En conséquence, puisque la sommation à comparaître reçue par Duncan Cross MacDonald ne respectait pas, de ce point de vue, les prescriptions plus larges de l'article 133, Wilson croit qu'elle est invalide. Dans sa dissidence, elle indique que les accusations devraient tomber. Mais Wilson est isolée.

Du reste, la formation de deux clans, partagés entre l'interprétation large des droits linguistiques (Beetz et la majorité) et restrictive (Wilson dissidente), cache une remarquable unanimité sur ce qui fait la stratégie des tribunaux dans le dossier des langues officielles depuis qu'il y a lieu d'être stratégique.

Premièrement, on l'a vu, la Cour suprême rend sa décision en se fondant unanimement sur l'histoire législative.

Deuxièmement, comme au temps des affaires *Blaikie* et *Forest* en 1979, le plus haut tribunal, qui est appelé à trancher un litige provenant du Manitoba (c'est l'arrêt *Bilodeau*, on y vient), prend bien soin d'y adjoindre, à l'unanimité, une affaire provenant du Québec (l'arrêt *MacDonald*). Avec l'égalité Québec-Manitoba, c'est l'infaillible stratégie – voulant que la meilleure interprétation des droits linguistiques se balance entre la protection de l'anglais au Québec et la protection du français dans le reste du Canada – qui reprend du service.

Car dans l'affaire *MacDonald*, la Cour suprême doit d'abord justifier le fait qu'elle décide de s'en saisir. Les tribunaux inférieurs avaient jugé Duncan Cross MacDonald coupable de l'infraction qui lui était reprochée, confirmant la validité d'une sommation à comparaître rédigée uniquement en français. Et la Cour d'appel du Québec avait subséquemment refusé d'entendre l'affaire. Comment la Cour suprême du Canada, souhaitant intervenir, pouvait-elle justifier alors son manque total de déférence à l'endroit du plus haut tribunal québécois ? Comment pouvait-elle décider de balayer la courtoisie judiciaire qui prévaut habituellement dans le cas d'un refus d'autorisation d'appel de la part d'une instance aussi importante que la Cour d'appel du Québec ? Des précédents, fondés sur « une attitude de respect », devaient pourtant la conduire à refuser à son tour d'entendre l'affaire *MacDonald*.

⁶¹⁸ *Id.*, 543.

Or, sur la question de compétence, les juges sont encore une fois unanimes. Beetz croit que la Cour suprême doit rester courtoise, mais qu'elle peut « avec la plus grande modération » agir s'« il existe un risque qu'une question d'une importance majeure sur le plan constitutionnel puisse échapper autrement à la possibilité d'être examinée »⁶¹⁹. Wilson est plus directe : selon elle, « la compétence de la Cour [suprême] n'est limitée que par son propre exercice du pouvoir discrétionnaire »⁶²⁰. C'est qu'il faut éviter que des questions fondamentales se trouvent hors de portée de toute révision. Elle reprend les propos d'un collègue :

Le rôle de cette Cour est [...] de trancher des questions de droit d'importance nationale dans le but de favoriser l'application uniforme du droit dans tout le pays, spécialement pour ce qui est des sujets de compétence fédérale. Décliner sa compétence équivaut à refuser de remplir la fonction prépondérante d'une cour d'appel de dernier ressort et d'envergure nationale.⁶²¹

En somme, vue l'importance « nationale », « majeure », « énorme » des questions entourant l'article 133, être déférent à l'endroit de la Cour d'appel du Québec serait « inappropri[é] »⁶²². Wilson est convaincue que la Cour suprême doit se saisir de l'affaire *MacDonald*. Elle rejette les précédents qui pourraient la conduire à décider autrement : « j'estime avec égards qu'ils ne doivent pas être suivis »⁶²³.

Donc, grâce à l'affaire *MacDonald*, dont se saisit la Cour suprême, l'égalité Québec-Manitoba peut être renouvelée. Le 1^{er} mai 1986, avec l'arrêt *MacDonald*, elle publie l'arrêt *Bilodeau*, une autre affaire de sommation à comparaître rédigée dans une seule langue, cette fois en anglais, par les autorités manitobaines. Pour cette raison, semblablement à Duncan Cross MacDonald, Roger Bilodeau conteste la validité constitutionnelle de la contravention pour excès de vitesse qu'il a reçue.

La Cour suprême se divise, comme pour l'affaire *MacDonald*, en deux clans. Six juges (sur les sept qui entendent l'affaire) croient que l'article 133 (et la disposition constitutionnelle « semblable » qui lie le Manitoba) donnent aux rédacteurs et aux auteurs des actes de procédure et des pièces le droit d'utiliser uniquement l'anglais ou uniquement le français, à

⁶¹⁹ *Id.*, 503 et 504.

⁶²⁰ *Id.*, 509.

⁶²¹ *Id.*

⁶²² *Id.*, 512.

⁶²³ *Id.*, 510.

leur choix. La réciprocité Québec-Manitoba est une réalité. Pour la majorité, la sommation à comparaître rédigée en anglais seulement est donc valide.

Wilson, dissidente dans l'affaire *Bilodeau*, croit au contraire qu'elle est invalide, mais aussi pour des motifs de réciprocité. L'interprétation large des droits linguistiques qu'elle exprime dans l'arrêt *MacDonald* se convertit, selon elle, en interprétation large pour le cas manitobain. Malgré que la Cour suprême soit divisée au sujet de l'interprétation large (appuyée par la majorité) ou restrictive (selon une juge dissidente), le plus haut tribunal reste toujours unanime sur la question de la réciprocité. Wilson écrit :

À mon avis, *tout comme la personne anglophone qui habite la province de Québec a droit, en vertu de l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867, à ce qu'on donne suite à ses droits linguistiques en délivrant une sommation en français, de même, la personne francophone qui habite la province du Manitoba a droit, en vertu de l'art. 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba, à un accommodement similaire lorsqu'on délivre une sommation en anglais.* (italiques ajoutés)⁶²⁴

En résumé, dans les arrêts *MacDonald* et *Bilodeau*, la Cour suprême est unanime sur trois points : 1) sur l'histoire législative comme fondement, 2) sur l'égalité Québec-Manitoba, et 3) sur l'existence de droits linguistiques symétriques. La francophonie canadienne se divise (la Société franco-manitobaine intervient contre le Québec), et il n'y a rien là pour aider à sa réconciliation future.

Le troisième arrêt, l'arrêt *Société des Acadiens*, confirme que les tiraillements observés au sein de la Cour suprême entre interprétation large et restrictive peuvent s'expliquer par un désaccord entre juges au sujet de l'approche la plus susceptible de renforcer le pouvoir judiciaire. Qu'est-ce qui rend la jurisprudence plus stable, plus prévisible, plus fiable ?

- Une interprétation restrictive, une meilleure prévisibilité, un pouvoir judiciaire renforcé ?

Dans cette troisième affaire, deux associations représentant les intérêts des francophones du Nouveau-Brunswick demandent, dans un litige qui les oppose à une commission scolaire sur un enjeu qui n'est pas pertinent ici, à être entendues par un juge bilingue ; une partie des plaidoiries doivent avoir lieu en français. La question est la suivante : « le droit d'employer

⁶²⁴ *Bilodeau c. Manitoba (Procureur général)*, [1986] 1 R.C.S. 449, 458 et 459.

le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux du Nouveau-Brunswick », protégé par l'article 19(2) de la *Charte canadienne*, inclut-il le droit à un juge qui comprend l'une et l'autre des langues, sans l'intermédiaire d'un interprète ?⁶²⁵

Les juges majoritaires, soit cinq des sept juges qui entendent l'affaire, sont d'avis que non. Beetz, qui écrit pour cette majorité, reprend essentiellement ce qu'il a énoncé dans l'arrêt *MacDonald*. Car selon lui, entre l'article 133 de la L.C. 1867 et l'article 19(2) de la *Charte canadienne*, il n'y a qu'« une simple différence de forme et non pas de fond » ou des « variantes stylistiques mineures »⁶²⁶. Puisqu'ils sont « de même nature et portée » et que « la même interprétation s'impose », Beetz croit « qu'on ne saurait à bon droit trancher cette affaire [*Société des Acadiens*] sans tenir compte de l'interprétation donnée à l'art. 133 ». Ainsi, les droits linguistiques ne garantissent pas « que la personne qui parle sera entendue ou comprise dans la langue de son choix ni ne lui confèrent le droit de l'être »⁶²⁷.

Révisant l'histoire législative, Beetz poursuit avec un plaidoyer en faveur de l'interprétation restrictive. Les autres droits protégés par la *Charte canadienne* sont « d'une portée à la fois plus large et plus universelle que celle des droits linguistiques »⁶²⁸. Et, « [à] la différence des droits linguistiques qui sont fondés sur un compromis politique, les garanties juridiques tendent à être de nature plus féconde parce qu'elles se fondent sur des principes » ; « [c]ette différence essentielle entre les deux types de droits impose aux tribunaux une façon distincte d'aborder chacun »⁶²⁹.

Enfin, Beetz dit que « les tribunaux devraient hésiter à servir d'instruments de changement dans le domaine des droits linguistiques ». Pas « que les dispositions relatives aux droits linguistiques sont immuables et qu'elles doivent échapper à toute interprétation par les tribunaux », mais Beetz croit « que les tribunaux doivent les aborder avec plus de retenue qu'ils ne le feraient en interprétant des garanties juridiques »⁶³⁰.

⁶²⁵ Il y a aussi une question de compétence qui se pose relativement à la décision de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick d'accorder l'autorisation d'appel. La Cour suprême est unanime : la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick pouvait entendre l'affaire comme elle l'a fait, en permettant à une association qui n'était pas partie au litige en première instance de porter l'affaire en appel.

⁶²⁶ *Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549, 572 et 573.

⁶²⁷ *Id.*, 573-576.

⁶²⁸ *Id.*, 577.

⁶²⁹ *Id.*, 578.

⁶³⁰ *Id.*

Pourquoi ? Parce que si « on disait aux provinces que le régime créé par [la *Charte canadienne* en matière de droits linguistiques] est dynamique et progressif en soi », et « qu'il appartient surtout aux tribunaux de régler le rythme d'évolution de ce régime », les provinces « se trouveraient alors dans l'impossibilité de savoir avec une exactitude relative ce à quoi elles adhèrent »⁶³¹.

Beetz se fait ainsi du souci pour l'avenir des droits linguistiques. Il privilégie une interprétation restrictive parce qu'il souhaite encourager les provinces qui ne sont toujours pas assujetties à des obligations de bilinguisme législatif et judiciaire à y adhérer librement. C'est du moins ce qu'il dit. L'interprétation restrictive, c'est pour les rassurer : voyez, dit-il en substance, la jurisprudence est relativement stable, vous pouvez vous y fier ; elle énonce assez clairement les contours des obligations linguistiques des adhérents, vous n'aurez pas de surprises plus tard, ne vous inquiétez pas, etc.

Beetz admet par la même occasion, peut-on croire, que l'interprétation large amène les tribunaux sur des territoires insoupçonnés, ce qui peut éventuellement nuire à leur crédibilité et fragiliser en conséquence leur pouvoir. Beetz poursuit : si la Cour suprême crée un droit à un juge qui comprend l'une et l'autre des langues, sans l'intermédiaire d'un interprète, « on ferait un grand pas vers l'adoption d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être satisfait que par des tribunaux bilingues ». Et « [p]areille exigence aurait des conséquences d'une portée incalculable et constituerait en outre un moyen étonnamment détourné et implicite de modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives à la magistrature »⁶³².

Ces dernières considérations expliquent probablement le désaccord affiché par la Cour suprême à l'occasion de la trilogie de 1986 ; un doute quant à la bonne marche à suivre pour renforcer le pouvoir judiciaire. La majorité croit qu'il faut une interprétation restrictive pour rassurer tout le monde, pour fédérer tous les acteurs juridiques autour d'une jurisprudence considérée comme plus prévisible. Les juges Dickson et Wilson, dissidents, écrivent des motifs distincts.

⁶³¹ *Id.*, 579 et 580.

⁶³² *Id.*, 580.

Dickson distingue l'article 19(2) de la *Charte canadienne* de l'article 133 de la L.C. 1867 ; « nous avons affaire à des dispositions constitutionnelles différentes adoptées dans des contextes différents »⁶³³. L'article 133, par sa formulation, donnerait à tous les acteurs, y compris les juges, le droit d'employer à leur choix le français ou l'anglais, contrairement à l'article 19(2) qui permet plus largement d'utiliser les deux langues devant les tribunaux. Puisque la *Charte canadienne* protège l'individu face à l'État, ajoute Dickson, un juge ne peut être traité comme les autres individus puisqu'il représente l'État. Il existe donc, selon lui, un droit constitutionnel à un juge qui comprend l'une et l'autre des langues, sans l'intermédiaire d'un interprète, au Nouveau-Brunswick.

La juge Wilson, elle, renoue avec les motifs qu'elle livre dans l'arrêt *MacDonald*. Elle revoit le travail historique fait dans les affaires *Jones* en 1975 et *Blaikie* en 1981. Elle écrit : « Ce qui se dégage de la jurisprudence portant sur l'art. 133, me semble-t-il, est que les droits linguistiques constituent une réaction aux particularités historiques du Canada. » Elle ajoute : « L'histoire continuera sans doute à donner de l'ampleur au contenu social et juridique de ces droits. »⁶³⁴ Considérant le contexte historique, Wilson distingue, comme Dickson, l'article 19(2) de la *Charte canadienne* de l'article 133. Au Nouveau-Brunswick, l'intention était d'aller très loin en matière de bilinguisme ; il existe dans cette province un droit constitutionnel à un juge qui comprend l'une et l'autre des langues, sans l'intermédiaire d'un interprète.

Bref, Dickson et Wilson sont d'avis que l'article 19(2) de la *Charte canadienne* est différent des deux autres articles qui traitent du même sujet et qui ont toujours été jugés symétriquement : l'article 133 de la L.C. 1867 et l'article 23 de la Loi sur le Manitoba. Alors, cette dissidence ébranle-t-elle la thèse voulant que les juges soient portés stratégiquement à trancher en faveur de la symétrie ? En ouvrant la porte à une interprétation différente des obligations constitutionnelles en matière de bilinguisme judiciaire pour le Nouveau-Brunswick, ouvre-t-on une porte pour une interprétation différenciée aussi pour le Québec, le fédéral et le Manitoba, qui vivent – comme le Nouveau-Brunswick – des contextes différents ? Pour l'heure, ce n'est qu'une dissidence. Mais si cette dissidence devenait

⁶³³ *Id.*, 561.

⁶³⁴ *Id.*, 639.

majoritaire dans une autre affaire, y a-t-il là un lieu susceptible de réconcilier la francophonie ? Il semble que non.

- Le Nouveau-Brunswick, un cas à part fondé sur l'histoire législative

Les théories de la conception de la politique linguistique canadienne mènent à penser qu'il faut distinguer le cas néo-brunswickois du reste. Les droits linguistiques qui visent distinctement le Nouveau-Brunswick sont différents des autres.

En 1867, l'intention était de construire des droits applicables réciproquement au Québec et au fédéral, pour donner à l'anglais à Québec ce qui est donné au français à Ottawa. Trois ans plus tard, lorsque le Manitoba est créé en 1870, les mêmes acteurs (John A. Macdonald, George-Étienne Cartier, Hector-Louis Langevin, Antoine-Aimé Dorion, Alexander T. Galt, etc.) écrivent une disposition qui ajoute, s'il faut croire les théories de la conception de la politique linguistique canadienne, à cette réciprocité entre le Canada français et le Canada anglais. En 1969, l'intention est à nouveau de proposer un projet qui appelle tout le Canada, avec deux langues, tour à tour majoritaire et minoritaire, dans un rapport donnant-donnant. Même son de cloche en 1982 avec le droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Bref, lorsque le Québec est directement visé par la politique linguistique canadienne, les droits linguistiques qui doivent trouver application sur son territoire en faveur de l'anglais trouvent simultanément application quelque part ailleurs au Canada, cette fois au profit du français.

Or, les droits qui visent spécialement le Nouveau-Brunswick sont enchâssés dans des dispositions à part, ils sont rédigés dans des termes différents des autres, et les acteurs concernés les admettent comme différents. C'est ce qui se produit par exemple le 4 décembre 1980 lorsque le premier ministre du Nouveau-Brunswick Richard Hatfield témoigne devant le *Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*. Commentant le projet qu'il souhaite voir enchâsser distinctement pour sa province, Hatfield indique que l'intention n'est pas d'ajouter un élément à l'architecture symétrique de la politique linguistique canadienne. L'intention est de faire autrement :

Nous voulons aller au-delà de l'article 133 parce que dans le cadre de la Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick – nous avons étudié cela en profondeur – si nous nous contentions des dispositions de l'article 133 ou de l'équivalent dans la résolution, nous supprimerions des droits qui existent déjà dans la province du Nouveau-Brunswick. Par conséquent, nous voulons aller au-delà de ces dispositions

et nous voulons également que cela figure dans la Charte des droits. (italiques ajoutés)⁶³⁵

Il y a donc de bonnes raisons de croire que l'intention législative concernant le Nouveau-Brunswick était d'adopter un régime plus généreux que ce que prévoit généralement la politique linguistique canadienne. La juge Wilson le flaire. Elle fait part de cette intuition en interprétant l'article 19(2) à la lumière des autres dispositions qui visent spécifiquement le Nouveau-Brunswick dans la *Charte canadienne* :

Les paragraphes 16(2), 18(2) et 20(2) ainsi que le par. 19(2) révèlent clairement l'intention des rédacteurs de la *Charte* [canadienne] de consacrer dans la Constitution la dualité linguistique du Nouveau-Brunswick. Il ressort d'une comparaison du par. 20(2) avec le par. 20(1) *que les attentes, pour ce qui est de la réalisation de l'objet de bilinguisme dans la fonction publique du Nouveau-Brunswick, sont plus importantes* que ce qui a été réalisé de façon générale dans la fonction publique fédérale. (italiques ajoutés)⁶³⁶

Tout compte fait, la trilogie de 1986 renforce l'idée selon laquelle les juges sont amenés stratégiquement à interpréter les droits linguistiques dans une logique symétrique lorsqu'il est question de la politique linguistique canadienne. En 1986, la Cour suprême est unanime sur l'essentiel : l'interprétation est fondée sur l'histoire législative (*Macdonald, Bilodeau* et *Société des Acadiens*), sur l'égalité Québec-Manitoba (lorsqu'elle se pose : *Macdonald* et *Bilodeau*) et sur les théories de la conception de la politique linguistique canadienne (*Macdonald, Bilodeau* et *Société des Acadiens*).

Là où la Cour se divise (outre la question de l'interprétation large *versus* restrictive), c'est sur le cas néo-brunswickois. Une majorité met exactement sur le même pied les dispositions constitutionnelles visant le Québec, le fédéral, le Manitoba et le Nouveau-Brunswick. Une minorité composée des juges Dickson et Wilson distingue l'article 19(2) de la *Charte canadienne* des autres dispositions traitant du même sujet. Si cette minorité (qui pourrait à l'avenir sortir de son isolement et devenir majoritaire) n'ébranle pas l'idée selon laquelle les juges sont conduits stratégiquement à interpréter les droits linguistiques dans une logique

⁶³⁵ PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 19 (7 novembre 1980 au 3 février 1981), p. 55.

⁶³⁶ *Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549, 640 et 641.

symétrique, c'est parce que les théories de la conception de la politique linguistique canadienne semblent leur donner raison⁶³⁷.

Rien ne laisse entendre que les distinctions pertinentes au Nouveau-Brunswick pourront servir le Québec dans les cas où les droits linguistiques qui le visent concernent aussi un autre ressort (le fédéral ou le Manitoba [pour ce qui est de l'article 133] ; toutes les autres provinces pour ce qui est du droit à l'instruction dans la langue de la minorité). Dickson et Wilson ne semblent pas avoir planté les graines de la réconciliation de la francophonie canadienne. Répétons-le : lorsque le Québec est directement visé par la politique linguistique canadienne, les droits linguistiques qui doivent trouver application sur son territoire en faveur de l'anglais trouvent simultanément application quelque part ailleurs au Canada, cette fois au profit du français.

Non, ce qui peut *a priori* ébranler l'idée de la stratégie fondée sur la symétrie n'est pas la trilogie de 1986. Le fait survient plutôt en 1988 lorsque la Cour suprême du Canada rend simultanément les arrêts *Ford* et *Devine*. La *Charte canadienne* pourrait-elle être flexible au point de permettre une certaine reconnaissance du caractère particulier du Québec ? Alors, si l'interprétation de ses dispositions applicables partout au Canada accorde un espace aux différents contextes provinciaux, y a-t-il là les ingrédients autour desquels la francophonie pourrait se réconcilier ?

- Le mirage de la société distincte

Le 30 avril 1987, une rencontre réunissant le premier ministre fédéral Mulroney et les premiers ministres des dix provinces canadiennes débouche sur un accord de principe. Quelques négociations sont encore nécessaires pour donner à l'entente la forme d'un projet de loi constitutionnelle, et ce projet doit être subséquemment voté à Ottawa et dans chaque capitale provinciale dans les trois ans. Mais avec cet accord de principe, le Canada reconnaît en 1987 que le rapatriement de 1982 est, du point de vue québécois, une injustice qu'il faut réparer. L'accord du lac Meech répond aux cinq conditions posées par le premier ministre

⁶³⁷ Plus tard, dans l'arrêt *Charlebois c. Mowat*, 2001 NBCA 117 dont il sera question dans la deuxième partie de la présente thèse (sous-partie A) ii), le raisonnement de la minorité composée de Dickson et Wilson gagnera la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick.

Robert Bourrassa pour permettre au Québec d'apposer sa signature au bas de la Constitution du pays. En ce sens, l'accord prévoit :

- 1) une clause d'interprétation affirmant que « [t]oute interprétation de la Constitution du Canada doit concorder avec [...] la reconnaissance de ce que le Québec forme au sein du Canada une société distincte » ;
- 2) la constitutionnalisation des pouvoirs du Québec en matière d'immigration, jusque-là exercés dans le cadre d'ententes fédérales-provinciales, en mettant ces dernières à l'abri de la possibilité qu'elles soient modifiées unilatéralement par Ottawa (*i.e.* en leur donnant « force de loi et [...] effet indépendamment tant du point 25 de l'article 91 que de l'article 95 [de la L.C. 1867] ») ;
- 3) l'enchâssement de l'exigence que trois des neuf juges de la Cour suprême du Canada proviennent du Québec et que, « [d]ans le cas de chacune des trois nominations » en question, le fédéral « nomme une personne proposée par le gouvernement du Québec » ;
- 4) l'encadrement du pouvoir fédéral de dépenser, en reconnaissant que « [l]e gouvernement du Canada fournit une juste compensation au gouvernement d'une province qui choisit de ne pas participer à un programme national cofinancé qu'il établit [...] dans un secteur de compétence exclusive provinciale, si la province applique un programme ou une mesure compatible avec les objectifs nationaux » ;
- 5) l'obtention d'un droit de retrait pour les provinces avec « une juste compensation » sur toute modification constitutionnelle « relative à un transfert de compétences législatives provinciales au Parlement [fédéral] » et d'un droit de veto pour les provinces sur toute modification constitutionnelle touchant certaines autres questions⁶³⁸.

L'année suivante, dans le tumulte d'une campagne anti-Meech qui bat son plein, alors que des partenaires de la fédération ratifient un à un l'accord, la Cour suprême du Canada rend trois décisions d'importance en matière de droits linguistiques. Le 25 février 1988, elle se prononce dans l'affaire *Mercure*, une autre affaire fondée sur une sommation à comparaître

⁶³⁸ Voir L'ENCYCLOPÉDIE CANADIENNE, « Accord du lac Meech : document », *Historica Canada*, 7 février 2006, dernière modification le 16 décembre 2013, en ligne : <<https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/accord-du-lac-meech-document>> (consulté le 11 juin 2019).

rédigée uniquement en anglais, cette fois émise par les autorités saskatchewanaises. Elle peut être traitée dans la suite de l'arrêt *Société des Acadiens* de 1986. Et le 15 décembre 1988, la Cour suprême publie simultanément les arrêts *Ford* et *Devine*, qui tranchent la question de la constitutionnalité des dispositions de la loi 101 encadrant la langue du commerce et des affaires. Le plus haut tribunal opère-t-il cette fois véritablement un virage majeur en affirmant que la *Charte canadienne* contient un espace pour la reconnaissance de la spécificité québécoise ?

- L'histoire législative pour distinguer le cas de la Saskatchewan

Dans l'affaire *Mercurie*, la sommation à comparaître écrite uniquement en anglais devient le prétexte pour contester la constitutionnalité de tout le fonctionnement de l'appareil législatif et judiciaire de la Saskatchewan, qui ne fait aucune place au français depuis la création de la province en 1905. L'argument est le suivant : une obligation de bilinguisme autrefois applicable aux institutions des Territoires du Nord-Ouest aurait, lorsque la Saskatchewan a été créée en découpant ses limites territoriales à partir de celles qui constituaient alors les Territoires du Nord-Ouest, survécu à la transition (n'ayant pas été abrogée)⁶³⁹. Elle aurait en outre été enchâssée dans la Constitution, c'est-à-dire placée hors de portée de l'Assemblée législative de la nouvelle province.

Puisqu'il se voit refuser le droit d'inscrire son plaidoyer en français (de culpabilité ou de non-culpabilité), André Mercurie conteste la validité constitutionnelle de la procédure par laquelle il a été accusé. Elle ne respecterait pas, selon lui, l'obligation de bilinguisme qui concerne la Saskatchewan. Comme à l'occasion de la trilogie de 1986, la Cour suprême du Canada rend une décision partagée. La question est encore tranchée en fonction de l'histoire législative.

Six juges tranchent en faveur d'André Mercurie (sur les huit qui prennent part au jugement), mais sont d'avis que l'obligation de bilinguisme législatif et judiciaire n'a pas été enchâssée

⁶³⁹ Lorsque les Territoires du Nord-Ouest sont cédés au Canada par la Grande-Bretagne, puis admis dans la Confédération en 1870, une loi fédérale est adoptée afin de pourvoir à leur organisation politique. En 1877, un sénateur fédéral représentant le Manitoba réussit à faire ajouter à cette loi fédérale une obligation de bilinguisme législatif et judiciaire visant les institutions des Territoires du Nord-Ouest (après la création du Manitoba en 1870, de nombreux Franco-Manitobains fuient vers l'Ouest lorsque leur territoire est ouvert à une nouvelle immigration ; la population des Territoires du Nord-Ouest devient en conséquence presque aussi française qu'anglaise). La portée de l'obligation est diminuée en 1891, et les institutions des Territoires du Nord-Ouest cessent de la respecter en 1892. Elle n'est toutefois jamais formellement abrogée avant la création de la Saskatchewan en 1905.

dans la Constitution. Autrement dit, il est vrai, cette obligation applicable autrefois aux Territoires du Nord-Ouest a survécu à la transition lors de la création de la Saskatchewan (n'ayant pas été abrogée). Cependant, la question a été remise en 1905 entre les mains de la nouvelle Assemblée législative, qui peut, pour l'avenir, l'abroger.

Ainsi, André Mercure avait le droit d'inscrire son plaidoyer en français (il avait le droit d'utiliser le français, même s'il n'avait pas le droit d'être compris directement dans cette langue par un juge sans interprète ; on se souvient de la trilogie de 1986). Ce faisant, la procédure par laquelle il a été accusé est invalide, donc nulle (et les accusations le concernant tombent). Toutefois, la Saskatchewan peut décider pour l'avenir d'abroger l'obligation linguistique à laquelle elle est toujours assujettie. Le juge Gérard La Forest, qui écrit pour la majorité, donne même la marche à suivre :

[L]'Assemblée législative peut avoir recours à l'expédient manifeste, voire même ironique, de l'adoption d'une loi bilingue abrogeant les restrictions que lui impose l'art. 110 [l'article de la Loi sur les Territoires du Nord-Ouest qui contient l'obligation de bilinguisme qui concernait les institutions de ces Territoires, importée en Saskatchewan en 1905], puis déclarant valides toutes les lois provinciales nonobstant le fait qu'elles aient été adoptées, imprimées et publiées en anglais uniquement.⁶⁴⁰

Pour arriver à cette conclusion, La Forest aurait préféré ne pas avoir à plonger dans l'histoire législative. Mais il s'y résigne, admettant qu'elle « constitue une toile de fond utile » et « aide à dégager l'objectif législatif » :

À mon avis, la présente affaire peut être tranchée simplement par l'application des principes ordinaires en matière d'interprétation des lois. Toutefois, toutes les parties ont insisté sur l'historique législatif des dispositions visées et ont fondé certains de leurs arguments sur celui-ci. De toute façon, il constitue une toile de fond utile pour examiner les questions principales et aide à dégager l'objectif législatif.⁶⁴¹

Ainsi, c'est à partir de l'histoire législative que La Forest conclut que l'obligation linguistique qui naît dans les Territoires du Nord-Ouest à la fin du 19^e siècle est différente de celle entourant l'article 133 de la L.C. 1867. En un mot, elle ne peut être raccrochée au premier événement créant l'intention législative sur les langues officielles au Canada : « Ce qui est clair, c'est que les forces historiques qui ont engendré l'art. 110 étaient tout à fait différentes

⁶⁴⁰ *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, 280 et 281.

⁶⁴¹ *Id.*, 248.

de celles qui ont entraîné le compromis linguistique de 1867 en ce qui a trait aux institutions gouvernementales fédérales et québécoises (art. 133). »⁶⁴²

La Forest aurait aimé se passer de l'histoire législative, mais partout il répète que l'interprétation qu'il retient est conforme à ce qui s'est dit au Parlement fédéral lorsque la loi créant la Saskatchewan a été débattue⁶⁴³. Il reproduit les discours des uns et des autres. Lors des débats à la Chambre des communes à Ottawa en 1905, le premier ministre canadien Wilfrid Laurier affirme : « Mais lorsque ces tribunaux seront devenus provinciaux, ils ne seront plus sous notre juridiction et la législature aura le droit de décider de quelle langue on devra se servir devant les tribunaux ou devant la législature »⁶⁴⁴. Le ministre fédéral de la Justice, Charles Fitzpatrick, exprime, au même moment en 1905, des propos semblables au sujet de cet article 110 :

[Il] est maintenu en vigueur [...] il aura force de loi dans la province après l'adoption du présent bill et alors, naturellement, la question sera du ressort de la législature qui pourra en disposer comme elle le jugera à propos, et je déclare ouvertement [...] que tel est mon intention. C'est une question qui doit être laissée entièrement à la législature.⁶⁴⁵

La Forest est d'avis que l'obligation applicable autrefois aux Territoires du Nord-Ouest a survécu à la transition lors de la création de la Saskatchewan (n'ayant pas été abrogée). Mais il croit que la question a été remise en 1905 entre les mains de la nouvelle Assemblée législative. Avec l'histoire législative, La Forest détache le cas saskatchewanais des obligations constitutionnelles qui visent le Québec, le fédéral et le Manitoba :

Le Parlement [fédéral] savait très bien comment enchâsser une disposition s'il voulait le faire, c'est-à-dire en prescrivant expressément des droits linguistiques dans la *Loi sur la Saskatchewan* comme il l'a fait dans le cas de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. De telles dispositions, en accord avec l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, sont protégées par la Constitution.⁶⁴⁶

⁶⁴² *Id.*, 253.

⁶⁴³ *Id.*, 270-272.

⁶⁴⁴ Le juge La Forest laisse même entendre que les hésitations à étendre le bilinguisme dans l'Ouest canadien après la Confédération pourraient être imputables au Québec. Il cite un ouvrage connu au soutien de ses dires : « Cette politique était probablement fondée sur le point de vue prédominant au Québec selon lequel les droits linguistiques étaient une question qui devrait être laissée à l'appréciation des gouvernements locaux [provinciaux] plutôt qu'à celle du Parlement [fédéral] ; voir à cet égard A. I. Silver, *The French-Canadian Idea of Confederation, 1864-1900* (1982), en particulier les chap. 7 à 10. » (*R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, 251)

⁶⁴⁵ *Id.*, 256.

⁶⁴⁶ *Id.*, 271.

C'est ainsi que La Forest rejoint la position des juges dissidents Dickson et Wilson dans l'arrêt *Société des Acadiens* rendu en 1986. Si le cas saskatchewanais est un cas distinct conformément à l'histoire législative, il n'est pas susceptible de contribuer à la réconciliation du Québec et des minorités françaises dans les cas mettant en cause généralement la politique linguistique canadienne. Car lorsqu'il est question de cette dernière, les théories de la conception de cette politique indiquent que l'intention législative est d'ériger un système symétrique. D'ailleurs, l'arrêt *Mercur*e n'a jamais été brandi comme élément permettant à la francophonie de développer une position commune sur les droits linguistiques.

Pour leur part, les deux juges minoritaires sont d'avis, toujours en se fondant sur l'histoire législative (citant notamment les propos de Wilfrid Laurier et d'un membre de son cabinet, Louis-Philippe Brodeur, lors des débats parlementaires de 1905), que l'obligation autrefois applicable aux Territoires du Nord-Ouest n'a jamais été importée dans le droit de la Saskatchewan. En 1905, lorsque la nouvelle province est créée, de nouvelles institutions le sont également. Les juges minoritaires croient en conséquence que le droit antérieur a été remplacé par un droit nouveau ne contenant pas d'obligations à l'égard du bilinguisme législatif et judiciaire.

Le juge Willard Estey, qui écrit pour cette minorité, affirme que l'historique législatif est d'intérêt « bien qu'il ne soit peut-être pas déterminant en soit ». Il reste qu'il y a recours partout. Ainsi, conclure qu'une obligation de bilinguisme a été enchâssée c'est conclure dans le sens contraire de cette histoire : « Il en découlerait un résultat qui ne serait ni celui que le gouvernement du Canada de l'époque voulait, ni celui expressément mentionné dans les actions parlementaires ou législatives au moment de la création de la province. »⁶⁴⁷ Selon Estey, la validité de la procédure judiciaire par laquelle André Mercur e a été accusé devrait être confirmée.

Bref, la Cour suprême est partagée en deux clans dans l'arrêt *Mercur*e comme dans la trilogie de 1986, mais elle est unanime sur l'essentiel : les juges reprennent partout la stratégie fondée sur l'histoire législative.

⁶⁴⁷ *Id.*, 325 et 326.

La décision est publiée le 25 février 1988. Au printemps et à l'été de la même année, la Saskatchewan et l'Alberta décident de se départir de l'obligation de bilinguisme imposée par les juges majoritaires⁶⁴⁸. Québec n'intervient pas pour les dissuader⁶⁴⁹. Dans le contexte de Meech, le gouvernement québécois a d'abord les yeux rivés sur les prochaines décisions que doit rendre la Cour suprême dans le dossier des droits linguistiques. La loi 101 est attaquée à nouveau. Les questions posées dans les affaires *Ford* et *Devine* sont explosives.

⁶⁴⁸ L'Alberta a également été créée en 1905, de la même façon que la Saskatchewan. Dans l'affaire *Mercurie*, tous conviennent que l'issue du litige concernera tout autant les deux provinces. L'Assemblée législative de la Saskatchewan adopte la *Loi relative à l'usage du français et de l'anglais en Saskatchewan*, S.S. 1988-89, c. L-6.1, sanctionnée le 26 avril 1988, en respectant une procédure bilingue. Elle déclare valides les lois, règlements et ordonnances adoptés antérieurement « indépendamment du fait qu'ils ont été édictés, imprimés et publiés en anglais seulement » (art. 3[1]). Elle prévoit qu'aucun acte accompli sous leur régime « n'est invalide du seul fait que ces lois, règlements ou ordonnances n'ont été édictés, imprimés et publiés qu'en anglais » (art. 3[2]). Elle indique, pour l'avenir, que les « lois et règlements peuvent tous être édictés, imprimés et publiés en anglais seulement ou en français et en anglais » (art. 4). La *Loi relative à l'usage du français et de l'anglais en Saskatchewan* comprend également quelques dispositions sur la langue des tribunaux et de l'Assemblée législative, et proclame enfin : « [l']article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*, chapitre 50 des lois révisées du Canada (1886), en sa version du 1^{er} septembre 1905, ne s'applique pas à la Saskatchewan pour ce qui est des matières relevant de la compétence législative de celle-ci. » Pour sa part, l'Assemblée législative de l'Alberta adopte la *Loi linguistique*, S.A. 1988, c. L-7.5, sanctionnée le 6 juillet 1988, en respectant une procédure bilingue. Elle prévoit essentiellement la même chose que *Loi relative à l'usage du français et de l'anglais en Saskatchewan*. La loi albertaine n'ouvre toutefois pas explicitement la porte au bilinguisme législatif : « Les lois et règlements peuvent être édités, imprimés et publiés en anglais » (art. 3).

⁶⁴⁹ Dans *l'essentiel de sa pensée politique*, Pierre Elliott Trudeau ne manque pas de souligner ce fait comme preuve supplémentaire du caractère rétrograde de « l'idéologie dominante au Québec » qui « se fiche éperdument du bilinguisme au Canada » et qui va même pousser le gouvernement québécois à adopter des positions contraires aux intérêts des minorités françaises (Pierre ELLIOTT TRUDEAU, avec la collaboration de Ron GRAHAM, *Trudeau : l'essentiel de sa pensée politique*, Montréal, Le Jour, 1998, p. 94). Ajoutons toutefois que le gouvernement fédéral ne fait pas non plus, quant à lui, preuve d'une grande vigueur pour dissuader la Saskatchewan et l'Alberta. Une note de service datée du 22 juin 1988, portant la cote de sécurité « confidentiel », retrouvée dans le fonds d'archives du ministère fédéral de la Justice détenu par Bibliothèque et Archives Canada, à Ottawa, en témoigne. Préparée par le Bureau des relations fédérales-provinciales et prenant la forme de « Questions-Réponses » au bénéfice des membres du gouvernement fédéral appelés à réagir à la décision de l'Alberta de tourner le dos aux droits du français, la note suggère une réponse pour le moins timide. À la question du leadership que doit prendre le gouvernement fédéral dans ce dossier, le conseil des ministres fédéraux décide que la réponse appropriée est de souligner la « déception » du gouvernement ; formule préférée à ce qui avait été précédemment entendu à deux autres endroits dans la note, soit une « profonde déception ». Dans le texte : « Possible question » : « Alberta has tabled a Language Bill which wipes out century old language rights. Is the federal government prepared to show some leadership and intervene in this matter on behalf of all Canadians? » ; « Suggested reply » : « The Government of Canada is ~~deeply~~ disappointed with Alberta's Language Bill and would have preferred a more generous response. » (mot raturé dans l'original) La note justifie ce changement de la façon suivante : « These Q's and A's were discussed at the minister's meeting this morning and only two changes were made (the deletion of the word "deeply" in the first and second set of "Suggested reply"). » La note indique qu'il n'est pas prévu de voir à l'adoption d'une motion à la Chambre des communes pour condamner la décision albertaine, notamment parce que le cas de la Saskatchewan et de l'Alberta est différent de celui du Manitoba (on se souvient que le fédéral a défendu les droits du français au Manitoba à la fin des années 1970 et au début des années 1980). La note a été obtenue grâce à une demande d'accès à l'information.

- Un vrai virage majeur ?

Dans ces affaires, des commerçants de la région de Montréal attaquent la plupart des dispositions de la loi 101 qui encadrent la langue du commerce et des affaires sous prétexte qu'elles contreviennent à la *Charte canadienne* et à la Charte des droits et libertés de la personne du Québec. Conformément à la théorie de Michel Troper, la Cour suprême profite de l'occasion pour renforcer son pouvoir et pour réagir aux implications que pourrait avoir pour elle l'accord du lac Meech.

La première question, répondue dans l'arrêt *Ford*, touche à la validité de la clause dérogatoire qui apparaît toujours dans la loi 101 au moment où la Cour suprême se saisit de l'affaire. Petit rappel : de 1982 à 1984, des clauses dérogatoires avaient été ajoutées dans la loi 101 afin de la protéger autant que possible de probables contestations fondées sur la *Charte canadienne*⁶⁵⁰. Car s'il est impossible de déroger aux droits linguistiques de la *Charte canadienne*, d'autres droits qu'elle protège peuvent être l'objet d'une dérogation : ceux prévus à l'article 2 et aux articles 7 à 15 de la *Charte canadienne*, dont le droit à la liberté d'expression et le droit à l'égalité. Ainsi, lorsque la Cour suprême se penche sur le sort de la loi 101, il y est prévu ceci : « La présente loi a effet indépendamment des dispositions des articles 2 et 7 à 15 de la Loi constitutionnelle de 1982 ».

Pourquoi cette clause dérogatoire serait-elle invalide ? Ceux qui contestent la loi 101 veulent complexifier quelque peu l'exercice du pouvoir de déroger à la *Charte canadienne* en ajoutant des exigences de fond. En l'espèce, Québec avait respecté une certaine forme en prévoyant explicitement dans sa loi l'intention qu'elle s'applique sans égard aux articles 2 et 7 à 15. Or, on veut forcer le législateur québécois à écrire dans sa loi les seuls articles pertinents à la dérogation (et non pas tous les articles auxquels il est permis de déroger, indistinctement comme en l'espèce). De plus, on veut exiger qu'il utilise les mots de la *Charte canadienne* pour nommer les droits auxquels il entend déroger (au lieu de seulement écrire le numéro des articles, comme en l'espèce). Le but recherché : qu'il y ait un avertissement supplémentaire à l'attention du public relativement à la nature de la dérogation,

⁶⁵⁰ *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1983, c. 56, art. 52 ; *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, RLRQ, c. L-4.2, art. 1.

et peut-être un possible prix politique plus élevé à payer lorsque le pouvoir de déroger est envisagé.

Dans l'arrêt *Ford*, la Cour suprême refuse de complexifier l'exercice du pouvoir de dérogation. Des exigences de forme suffisent, et la clause prévue dans la loi 101 est jugée valide par le plus haut tribunal. En validant ainsi la démarche du législateur québécois, la Cour suprême rate-t-elle l'occasion de restreindre l'utilisation de la clause dérogatoire? Autrement dit, rate-t-elle l'occasion de limiter les chances qu'un parlement lui retire la possibilité de contrôler la constitutionnalité des lois? Dans les circonstances de l'affaire *Ford*, force est d'admettre que non.

Au contraire, la réponse que donne la Cour suprême accroît ses pouvoirs. Car valider la démarche québécoise sur la clause dérogatoire confirme la légitimité du rapatriement constitutionnel en ce qui concerne le Québec. On sait depuis le *Renvoi sur le rapatriement* de 1981 que le processus ayant conduit le Canada sur cette voie est légal et conforme aux conventions constitutionnelles. La Cour suprême avait indiqué la nécessité de l'appui d'un nombre substantiel de provinces au projet, ce que Pierre Trudeau a été en mesure d'aller chercher malgré l'opposition du Québec. De plus, en 1982, le plus haut tribunal a confirmé dans le *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution* que le gouvernement québécois ne possédait aucun droit de veto constitutionnel avant le rapatriement⁶⁵¹. En droit canadien, la légalité du rapatriement est inattaquable.

Mais en validant la démarche québécoise sur la clause dérogatoire, la Cour suprême prend acte du fait que l'Assemblée nationale du Québec accepte d'une certaine façon de se soumettre à la nouvelle constitution puisqu'elle utilise les outils juridiques qui y sont enchâssés afin de défendre son action. Or, si Québec juge suffisamment légitime la *Charte canadienne* pour utiliser sa clause dérogatoire afin de protéger la loi 101, on peut penser que la Cour suprême a tout autant la légitimité d'utiliser la *Charte canadienne* pour scruter des lois québécoises, le cas échéant. Le pouvoir de la Cour se voit en conséquence renforcé, en matière linguistique de surcroît⁶⁵². C'est le raisonnement qu'a pu avoir le plus haut tribunal.

⁶⁵¹ [1982] 2 R.C.S. 793.

⁶⁵² Dans l'arrêt *Quebec Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, la Cour suprême n'a pas cette occasion puisque le procureur général du Québec se présente pour défendre la loi 101 dans sa forme pré-rapatriement.

La deuxième question analysée par la Cour suprême dans les arrêts *Ford* et *Devine* touche à la compatibilité de la loi 101 avec les chartes canadienne et québécoise des droits et libertés⁶⁵³. Les dispositions attaquées sont celles qui exigent l'utilisation du français (seul ou accompagné d'autres langues) dans les inscriptions sur les produits de consommation et dans les textes et documents accompagnant ces produits et les transactions commerciales, et celles qui exigent l'usage exclusif du français dans l'affichage public, la publicité commerciale et les noms d'entreprises⁶⁵⁴.

D'une part, le plus haut tribunal juge qu'il y a incompatibilité. La liberté d'expression protégée par les chartes comprend la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix et englobe l'expression commerciale. La loi 101 contrevient aussi au droit à l'égalité. Avec cette interprétation large des droits fondamentaux, élevés au-dessus des autres lois, la Cour suprême augmente son pouvoir d'intervention fondé sur les chartes.

D'autre part, le plus haut tribunal se demande si cette incompatibilité peut trouver une justification permettant à la loi 101 de survivre. La *Charte canadienne* reconnaît cette possibilité à son article premier :

1. La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

La Charte québécoise prévoit aussi cette possibilité à son article 9.1, dans des termes très différents :

9.1. Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

Dans l'arrêt *Ford*, le procureur général défend une disposition incluse de la loi 101 après le rapatriement, ce qui valide l'acceptation du nouvel ordre constitutionnel par le législateur québécois.

⁶⁵³ Des auteurs ont prétendu que la validité de la loi 101 avait été jugée à cette occasion par la Cour suprême uniquement en fonction de la Charte québécoise des droits et libertés. Or, cette opinion ne prend pas en considération le contexte plus global dans lequel s'inscrivent les affaires *Ford* et *Devine*. Malgré l'ajout d'une clause dérogatoire valide dans la loi 101, les deux chartes, la canadienne et la québécoise, sont utilisées partout par le plus haut tribunal (Éric POIRIER, « Note critique », *Frédéric Bérard, Charte canadienne et droits linguistiques : pour en finir avec les mythes*, [octobre 2017] *L'Action nationale* 76, 79-85).

⁶⁵⁴ Les exceptions à l'usage exclusif du français étaient nombreuses (Éric POIRIER, « La Charte de la langue française et l'abandon des moyens pour atteindre son objectif », Montréal, Institut de recherche sur le Québec, 2014, p. 11).

La Cour suprême s'empresse toutefois aussitôt de déclarer que l'un et l'autre de ces articles créent exactement le même test. Les termes de la Charte québécoise laissent entendre que le législateur québécois pourrait plus facilement justifier la compatibilité d'une loi avec les droits et libertés fondamentaux. Mais la Cour préfère l'article plus limitatif de la *Charte canadienne* (qui peut permettre plus difficilement la justification), et le reporte sans nuances sur celui de la Charte québécoise. Elle accroît ainsi une nouvelle fois son pouvoir d'intervention au Québec⁶⁵⁵.

Alors, les dispositions de la loi 101 peuvent-elles se justifier « dans le cadre d'une société libre et démocratique ? » Dans l'arrêt *Ford*, la Cour suprême juge que l'exigence de l'usage exclusif du français ne se justifie pas. Elle est donc inconstitutionnelle. Mais, reconnaissant que la loi 101 vise « un objectif important et légitime », la Cour suprême y va d'une suggestion que le législateur québécois pourrait vouloir à l'avenir intégrer dans sa législation (donc dans le respect de la Constitution) en remplacement des dispositions inconstitutionnelles.

Ainsi,

exiger que la langue française prédomine, même nettement, sur les affiches et les enseignes serait proportionnel à l'objectif de promotion et de préservation d'un « visage linguistique » français au Québec et serait en conséquence justifié en vertu des Chartes québécoise et canadienne.

La Cour précise que la loi 101 « pourrait exiger que le français accompagne toute autre langue » ou « pourrait exiger qu'il soit plus en évidence que d'autres langues »⁶⁵⁶.

Simultanément, dans l'arrêt *Devine*, la Cour suprême augmente son pouvoir en réprouvant la pratique des tribunaux inférieurs qui ont, dans cette affaire entamée avant le rapatriement

⁶⁵⁵ Surtout que la Charte québécoise est plus complète que la *Charte canadienne* : la première peut être invoquée dans des litiges mettant en cause des rapports privés (contrairement à la *Charte canadienne*, qui ne concerne que les rapports entre l'individu et l'État) et elle reconnaît de nombreux droits absents de la *Charte canadienne* (par exemple les droits économiques et sociaux). En confondant l'article premier de la *Charte canadienne* et l'article 9.1 de la Charte québécoise, le pouvoir d'intervention des tribunaux se voit renforcer (avec un test de justification plus difficile à passer pour le procureur général du Québec) dans tous les cas où la Charte québécoise est invoquée sans la *Charte canadienne*. De plus, la Cour se garde depuis le début toute la marge en ne décrivant que vaguement les contours du test canadien : « la Cour n'a pas voulu arrêter d'emblée le sens des termes pour lesquels le constituant avait choisi le flou... et s'est réservé, elle aussi, sa discrétion perpétuelle » (Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs : Le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 56).

⁶⁵⁶ *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 780.

constitutionnel, jugé de la constitutionnalité de la loi 101 en fonction du droit en vigueur avant le rapatriement. « [U]ne cour d'appel doit juger selon la situation qui existe au moment où elle se prononce », dit-elle⁶⁵⁷. C'est ainsi qu'elle annonce qu'elle se servira de l'outil constitutionnel que constitue la *Charte canadienne*, même si la loi 101 précède le rapatriement, même si la contestation a été entamée alors que la *Charte canadienne* n'était pas en vigueur. La Cour suprême répète ensuite qu'exiger l'usage exclusif du français est inconstitutionnel, mais que les dispositions qui exigent l'usage du français (seul ou accompagné d'autres langues), bien qu'elles contreviennent son interprétation des droits fondamentaux, sont justifiées. Ces dernières survivent donc à une déclaration d'inconstitutionnalité.

Les arrêts *Ford* et *Devine* peuvent ouvrir d'intéressantes perspectives. La Cour suprême déclare inconstitutionnelles les dispositions touchant à l'affichage commercial et à la publicité commerciale, certes, mais indique au législateur québécois qu'il pourrait intégrer dans sa loi 101 l'exigence de la nette prédominance du français. Ainsi, on peut faire l'argument que cette suggestion constitue une première brèche dans la lecture symétrique qui est celle des tribunaux depuis le premier événement relatif à l'intention législative sur les langues officielles en 1867 (lorsque le Québec est concerné). Pourquoi? Parce qu'il est difficile d'imaginer un tribunal affirmant réciproquement que la nette prédominance de l'anglais se justifie dans le reste du Canada, où il n'a jamais été démontré que l'avenir de la langue anglaise peut être précaire⁶⁵⁸.

Si le fait de suggérer la nette prédominance du français est rattaché au contexte particulier du Québec, on peut argumenter qu'il y a désormais une place pour l'asymétrie dans la *Charte canadienne*, et on peut aussi croire qu'il s'agit d'un lieu pouvant permettre la réconciliation de la francophonie canadienne. Car si le Québec peut compter sur une reconnaissance de ses particularités dans l'interprétation de la Charte, on peut soumettre qu'il n'a plus à craindre d'une interprétation de la même Charte lorsqu'elle est mobilisée par une minorité française ;

⁶⁵⁷ *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, 808.

⁶⁵⁸ Le professeur José Woehrling fait un pas supplémentaire : « sans le dire expressément, elle [la Cour suprême, dans l'arrêt *Ford*] a laissé entendre que les mêmes mesures ne seraient pas justifiées concernant la langue anglaise dans le reste du Canada » (José WOEHLING, « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unis et du Canada », [2000] 46 *R.D. McGill* 21, 63).

si jamais cette dernière interprétation est utilisée contre lui, on peut imaginer Québec plaider que son contexte est différent et qu'une interprétation pertinente dans le cas d'une minorité française n'a rien de pertinent lorsqu'il s'agit de résoudre un litige mettant en cause la communauté anglo-québécoise. Qu'en est-il ?

Les arrêts *Ford* et *Devine* sont rendus dans le contexte de la ratification de l'accord du lac Meech par les parlements fédéral et provinciaux. Michael Mandel est d'avis que la Cour suprême avait de bonnes raisons de souhaiter son effondrement.

La clause de société distincte pouvait être interprétée comme une façon de réduire son pouvoir d'intervention en contexte québécois. Car si le Québec forme une société distincte, c'est peut-être qu'il faut être judiciairement plus déférent à l'endroit de l'exercice du pouvoir par l'Assemblée nationale, comparativement aux autres législatures provinciales. Cette clause, c'est peut-être autrement dit une façon de venir protéger les lois québécoises d'éventuelles interventions de la part de la Cour suprême. Mandel croit aussi que le plus haut tribunal ne voulait rien savoir de l'immixtion du gouvernement du Québec dans le processus de nomination des trois juges québécois en son sein. Cette mesure pouvait venir briser certains réseaux d'influence et devenir peut-être un facteur d'incohésion dans le fonctionnement de l'institution.

Pour cet auteur, l'arrêt *Ford* est alors « un hymne à la capacité de la Constitution de 1982 à promouvoir le caractère distinct du Québec »⁶⁵⁹. En un mot : puisque la Constitution de 1982 atteint déjà l'objectif projeté par Meech, pourquoi persister avec cet accord qui fait émerger de vieilles divisions avant d'unir le pays ? De ce point de vue, si asymétrie il y a avec l'arrêt *Ford*, il s'agit d'une asymétrie circonstancielle ou d'un mirage créé pour l'occasion.

Lorsque les arrêts *Ford* et *Devine* sont publiés, la campagne anti-Meech bat son plein depuis un bon moment. On se souvient de la une du quotidien *La Presse* du 27 mai 1987 : « L'accord du Lac Meech rendra le Canada impotent (Trudeau) », titrait-il en exclusivité⁶⁶⁰. Dans cette édition, l'ancien premier ministre Pierre Elliott Trudeau sortait de sa retraite pour tirer

⁶⁵⁹ Michael MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, traduit de l'anglais par Hervé Juste, Montréal, Boréal, 1996, p. 246.

⁶⁶⁰ Mario FONTAINE, « L'accord du Lac Meech rendra le Canada impotent (Trudeau) », *La Presse*, 27 mai 1987, p. A1.

violemment sur l'accord constitutionnel. La lettre ouverte de Trudeau ne fait pas dans les subtilités s'il faut en croire son titre : « Comme gâchis total, il serait difficile d'imaginer mieux »⁶⁶¹. Allons voir.

La clause de société distincte, qui doit donner selon Trudeau un nouveau pouvoir au Québec, à savoir celui de travailler à la concentration de la francophonie sur son territoire, est dénoncée au premier chef. Elle nuira au Québec, car les Québécois « savent d'instinct qu'ils ne peuvent prétendre exercer *plus* de pouvoirs dans leur province, sans accepter d'en exercer *moins* dans l'ensemble du pays ». Elle nourrira, selon lui, les séparatistes de tout horizon :

[C]eux qui n'ont jamais voulu d'un Canada bilingue – séparatistes du Québec et séparatistes de l'Ouest – sont comblés dès les premiers paragraphes de l'accord où on reconnaît « l'existence d'un Canada francophone... et celle d'un Canada anglophone ».

Les Canadiens qui se sont battus pour un Canada unique, bilingue et multiculturel, peuvent dire adieu à leur rêve : nous avons désormais deux Canada, chacun défini par sa langue.

Conséquemment, elle signera l'arrêt de mort des minorités officielles. Si le Québec « forme au sein du Canada une société distincte » et que « l'Assemblée nationale et le gouvernement du Québec ont le rôle de protéger et de promouvoir [ce] caractère distinct », selon les termes de l'accord, Trudeau prédit le pire : « il est facile de prédire quel avenir peut être envisagé pour les anglophones vivant au Québec et quel sort on ne cessera de faire aux francophones dans les provinces où ils sont moins nombreux que les Canadiens d'origine ukrainienne et allemande ».

L'ancien premier ministre croit aussi que l'accord « affaiblir[a] la Charte des droits ». « Ceux qui n'ont jamais voulu d'une Charte des droits enchâssée dans la constitution peuvent du même coup crier victoire », écrit-il. C'est le pouvoir d'intervention des tribunaux au Québec qui est menacé : « les tribunaux devront interpréter la Charte de façon qu'elle ne heurte pas la "société distincte" du Québec telle que définie dans les lois québécoises ».

Trudeau dénonce également les dispositions de l'accord touchant à l'immigration (qui mèneront à la « balkanisation » du pays) et au rôle des provinces dans la nomination des

⁶⁶¹ Pierre ELLIOTT TRUDEAU, « Comme gâchis total, il serait difficile d'imaginer mieux », *La Presse*, 27 mai 1987, p. A7.

sénateurs (les provinces « contrôleront le Sénat » et « l'État canadien subordonner[a] aux provinces son pouvoir législatif (Sénat) »). Quant au rôle du Québec dans la nomination de trois juges à la Cour suprême, il s'agit d'une façon de transférer « aux provinces la responsabilité du pouvoir judiciaire suprême ». La signature de l'accord de Meech, un « [s]ombre jour pour le Canada ».

Car Meech va selon lui à contre-courant. Il ne faut pas donner au Québec les moyens de se définir comme porte-parole de la francophonie canadienne. Au contraire, il faut, comme il a toujours lui-même tenté de le faire, retirer des mains du Québec tout ce qui pourrait lui permettre de prétendre agir à ce titre. Trudeau s'en prend aux « politiciens [québécois] provincialisants, qu'ils siègent à Ottawa ou à Québec », « d'éternels perdants » : « Pensez donc, s'ils n'avaient pas les droits sacrés des Canadiens français à défendre contre le reste du monde, si l'on pouvait s'en remettre à la Charte et aux tribunaux pour cela, ils perdraient leur raison d'être. » L'ancien premier ministre quitte pour un moment le monde des idées :

On aurait dû simplement renvoyer se rhabiller cette bande de pleurnichards, les enjoignant d'en finir avec leurs crises d'adolescents gâtés. Mais nos chefs politiques actuels manquent de nerf. En volant au secours des malheureux perdants, ils pensent s'assurer le vote du Québec ; en réalité ils ne font qu'étaler leur bêtise politique et leur méconnaissance des données démographiques concernant le nationalisme.

Pierre Elliott Trudeau se moque de son successeur, « le très honorable Brian Mulroney, C.P., M.P. », un « pleutre » qui « rendra l'État canadien tout à fait impotent ». Un peu comme le philosophe du droit Michel Troper, Trudeau réfléchit en fonction du pouvoir : « Dans la dynamique du pouvoir cela voudra dire qu'il [l'État canadien] sera éventuellement gouverné par des eunuques. »

Rappelons que l'interprétation judiciaire est fonction de la « configuration du système juridique »⁶⁶². Toutes sortes de facteurs entrent en ligne de compte. Le juge est placé devant un texte, mais l'interprétation qu'il en fait dépend de l'environnement juridique dans lequel il se trouve. Il doit composer avec une « pluralité d'acteurs » qui peuvent agir « les uns contre les autres »⁶⁶³, par exemple, en engageant le pays dans une procédure de modification

⁶⁶² Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Michel TROPER, « Introduction », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 1, à la page 2.

⁶⁶³ *Id.*, à la page 3.

constitutionnelle. Le juge est libre, mais il agit dans un « système de relations », dans un rapport de force, de coopération et de résistance, qui déterminent la décision qu'il prend dans un cas donné⁶⁶⁴. Il peut choisir de rendre la décision qui préserve le mieux son existence institutionnelle et qui protège son pouvoir.

Quelle lecture peut bien avoir eu la Cour suprême du Canada de l'accord du lac Meech ? Peut-elle avoir voulu influencer sur le cours de l'histoire en contribuant à sa chute pour ne pas risquer des modifications constitutionnelles susceptibles de gruger ses pouvoirs acquis en 1982 ? Dans les affaires *Ford* et *Devine*, tous les juges qui prennent part aux jugements (ils sont cinq) sont entrés en fonction sous un gouvernement de Pierre Elliott Trudeau : Brian Dickson (1973), Jean Beetz (1974), William McIntyre (1979, avant l'arrivée de Joe Clark), Antonio Lamer (1980, après le départ de Clark) et Bertha Wilson (1982). Ont-ils voulu, comme le prétend Michael Mandel, chercher à contribuer à l'effondrement de Meech ?

Quoi qu'il en soit, si on peut argumenter que *Ford* et *Devine* consacrent une place pour l'asymétrie dans l'interprétation de la *Charte canadienne*, il existe davantage d'éléments militant en sens inverse ; à savoir que ces arrêts n'injectent aucune asymétrie susceptible de réconcilier la francophonie canadienne, ou que si asymétrie il y a, elle n'est que circonstancielle à la période Meech.

Il faut d'abord rappeler que la suggestion de la Cour suprême au sujet de la nette prédominance du français se fait dans le contexte d'une déclaration d'inconstitutionnalité de la loi 101. Il s'agirait donc d'une drôle d'asymétrie, qui fait une place pour la spécificité québécoise tout en ramenant le Québec dans la voie du bilinguisme enchâssé dans la Constitution de 1982. La loi 101 veut favoriser l'émergence d'une langue commune avec des dispositions prévoyant parfois l'usage exclusif du français ; le plus haut tribunal brise ce projet en le remplaçant par un idéal de bilinguisme, soit-il agrémenté d'une nette prédominance. Comme Mandel, on peut davantage penser que la Cour suprême cherche en 1988 à rapprocher la *Charte canadienne* de la promesse de société distincte (pour banaliser Meech) tout en protégeant son « prestige » auprès du Canada anglais (qui souhaite voir

⁶⁶⁴ Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 313.

disparaître la loi 101)⁶⁶⁵. *Ford* et *Devine* ne font pas émerger l'asymétrie ; ils répondent au climat canadien de la fin des années 1980.

Ensuite, rappelons le coup asséné par la Cour suprême lorsqu'elle confond les articles 1 et 9.1 des chartes canadienne et québécoise. L'équilibre des droits fondamentaux que Québec voulait promouvoir se voit ainsi complètement subordonné à l'équilibre promulgué à Ottawa. La supposée reconnaissance des particularités québécoises prend alors de plus en plus l'odeur d'une entreprise d'homogénéisation :

Elle [la Cour suprême] a nié cette distinction en refusant que les principes défendus par la société québécoise dans sa charte des droits et libertés et promus par la vision binationale de la fédération canadienne, notamment le rôle de l'Assemblée nationale et le principe de territorialité, puissent être inspirés de principes différents que ceux défendus par le reste du Canada dans la Charte canadienne et inspirés de la vision pancanadianiste, y compris le rôle de l'État canadien pour la promotion et la protection des droits individuels et du principe de personnalité.⁶⁶⁶

Enfin, l'*obiter dictum* portant sur la nette prédominance du français apparaît dans l'arrêt *Ford* au moment du débat sur la possibilité que l'incompatibilité de la loi 101 avec les chartes trouve une justification permettant à celle-ci de survivre à une déclaration d'inconstitutionnalité. Cela dit, pour qu'il puisse réconcilier la francophonie canadienne dans un litige à venir, il faudrait que Québec reconnaisse d'abord que la loi 101 est contraire aux chartes avant de faire valoir, dans un deuxième temps, qu'elle se justifie « dans le cadre d'une société libre et démocratique » en raison des considérations que la Cour suprême a émises à cette étape dans *Ford*. Un pari risqué, il va sans dire. Si Québec refuse d'emblée qu'on déclare la loi 101 contraire aux chartes, il n'y a alors aucune chance de réconciliation en se fondant sur l'arrêt *Ford*.

Ajoutons que les affaires *Ford* et *Devine* traitent du droit à la liberté d'expression et du droit à l'égalité, et non des droits linguistiques proprement dits. Comment pourra s'articuler la reconnaissance des particularités québécoises (si reconnaissance en ce sens il y a) rattachée à la suggestion de nette prédominance lorsqu'il sera question du droit à l'instruction dans la

⁶⁶⁵ Michael MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, traduit de l'anglais par Hervé Juste, Montréal, Boréal, 1996, p. 246.

⁶⁶⁶ Nadia VERRELLI, « L'ombre de la Charte canadienne des droits et libertés », dans François ROCHER et Benoît PELLETIER (dir.), *Le nouvel ordre constitutionnel canadien : du rapatriement de 1982 à nos jours*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2013, p. 235, à la page 257.

langue de la minorité ou des obligations de bilinguisme législatif en judiciaire ? Bonne question. Même que ces dernières obligations ne se trouvent pas dans la *Charte canadienne* (elles sont dans la L.C. 1867) ; la pertinence de *Ford* ne pourrait tenir qu'en arrachant l'*obiter dictum* rattaché au débat sur l'article premier de la *Charte canadienne* pour ensuite le greffer au contexte de la L.C. 1867 (où il n'y a pas l'équivalent de l'article premier).

Du reste, l'article premier de la *Charte canadienne* n'a été utile qu'une seule autre fois depuis 1988 devant la Cour suprême dans un cas mettant en cause la loi 101⁶⁶⁷. Et à cette occasion, en 2009 dans l'arrêt *Nguyen* (voir la sous-partie B[ji]b] de la deuxième partie de la présente thèse à son sujet), la Cour suprême rejette les arguments du procureur général du Québec qui tentait d'épargner d'une déclaration d'inconstitutionnalité les dispositions de la loi 101 encadrant l'accès à l'école de langue anglaise.

Dans l'arrêt *Nguyen*, la Cour suprême pouvait prouver que sa suggestion dans l'arrêt *Ford* touchant à la nette prédominance était bel et bien relative à une reconnaissance des particularités québécoises. Le plus haut tribunal pouvait démontrer qu'il ouvrait ainsi une porte pour l'asymétrie et offrait une chance à la francophonie canadienne en vue d'une réconciliation. Mais le rendez-vous n'a pas eu lieu. Dans l'arrêt *Nguyen*, la loi 101 est déclarée inconstitutionnelle. La francophonie canadienne s'était entredéchirée à cette occasion (des associations de défense des intérêts de minorités françaises interviennent pour présenter une position contraire à celle du procureur général du Québec), et le plus haut tribunal lui confirme qu'elle avait juridiquement de bonnes raisons de le faire, considérant la nature symétrique des droits linguistiques. Les arrêts *Ford* et *Devine* pouvaient laisser croire

⁶⁶⁷ Des arrêts de la Cour d'appel du Québec stabilisent l'*obiter dictum* de l'arrêt *Ford* en transférant le fardeau de preuve sur les épaules de celui qui conteste la règle de la nette prédominance du français intégrée dans la loi 101 en matière d'affichage. Autrement dit, depuis les arrêts *Boulangerie Maxie's* et *Entreprises W.F.H.*, une sorte de présomption dit que la nette prédominance, bien que contraire aux droits et libertés, se justifie « dans le cadre une société libre et démocratique ». Il revient alors à celui qui conteste de prouver que la fragilité de la langue française n'est plus ce qu'elle était en 1988 et que la nette prédominance ne se justifie donc plus comme elle se justifiait : *156158 Canada Inc. c. Québec (Attorney General)*, 2017 QCCA 2055 ; *Entreprises W.F.H. Ltée c. Québec (Procureure générale)*, [2001] R.J.Q. 2557 (C.A.). Cette stabilisation ne concerne toutefois que la question de l'affichage. Son potentiel de réconciliation pour la francophonie s'y limite : *Galganov v. Russell (Township)*, 2012 ONCA 409. Rien n'indique qu'elle peut rapprocher le Québec et les minorités françaises sur d'autres questions, notamment celles qui les opposent en matière d'instruction dans la langue de la minorité et de bilinguisme législatif et judiciaire. Il faut noter enfin que cette stabilisation fait peser une épée de Damoclès sur Québec puisqu'elle conserve la loi 101 dans un état de relative précarité (Éric POIRIER, « L'affaire Boulangerie Maxie's et la "fatigue culturelle" du Québec », [septembre 2016] *L'Action nationale* 11).

qu'il existait une porte pour l'asymétrie. En 2009, la Cour suprême ferme cette porte. Ou pire : peut-être dit-elle que cette porte n'a jamais existé. En l'occurrence, le travail effectué en 1988 n'était que circonstanciel, et qu'un mirage.

Il est intéressant de noter que l'*obiter dictum* dans l'arrêt *Ford* n'est jamais fondé sur l'histoire législative. On ne retrouve non plus aucune stratégie judiciaire de remplacement. Le mirage était peut-être là : le passage reconnaissant les particularités québécoises ne pouvait tenir que jusqu'à ce que la Cour suprême renoue avec la stratégie qui veut qu'elle se cache derrière l'histoire législative. Retour à l'interprétation en fonction des théories de la conception de la politique linguistique canadienne, et c'est le retour à la symétrie.

On peut aussi voir les choses autrement. Les arrêts *Ford* et *Devine* sont rendus la même année que l'arrêt *Mercurie*. Si on analyse ces trois arrêts ensemble, il faut conclure qu'ils prévoient une symétrie dans les résultats. Dans les premières, la Cour suprême offre au Québec une voie de contournement : il pourrait remplacer les moyens inconstitutionnels de la loi 101 par des dispositions relatives à la nette prédominance, ou encore se soustraire à cette proposition grâce à la clause dérogatoire (qui est disponible lorsqu'il est question de l'affichage, car les droits linguistiques de la *Charte canadienne* proprement dits, qui eux sont exclus de la possibilité d'y déroger, ne sont pas en cause). Dans l'arrêt *Mercurie*, le plus haut tribunal le réitère cette fois en s'adressant à la Saskatchewan : cette province peut se dispenser de l'obligation de bilinguisme législatif et judiciaire en adoptant une loi abrogeant pour le futur cette obligation (la minorité croit même que la Saskatchewan n'a jamais été soumise à une telle obligation). Les arrêts *Ford*, *Devine* et *Mercurie* peuvent en ce sens constituer une ode à la souveraineté des provinces. Pas de réconciliation possible pour la francophonie canadienne.

Et encore, s'il fallait s'accrocher au mirage, il y a toujours le fait que 1988 est l'année où prend place le quatrième événement constituant l'intention législative sur les langues officielles. Pendant que se dessine « un hymne à la capacité de la Constitution de 1982 à promouvoir le caractère distinct du Québec », le législateur fédéral confirme que la politique linguistique canadienne est conçue de droits symétriques. L'asymétrie est rabrouée. Lorsque cette politique linguistique crée des droits linguistiques applicables au Québec, des droits réciproques sont offerts pour le français dans le reste du Canada.

II. UNE OPPOSITION RENFORCÉE, MAIS DES CONTRAINTES RECONFIGURABLES

Cette seconde partie se divise en deux sous-parties. La première (A) expose comment l'irrésistible interprétation symétrique finit toujours par s'imposer. La deuxième (B) poursuit cette analyse et s'attarde à ce que la francophonie canadienne peut faire pour favoriser sa réconciliation, et notamment aux actions qu'elle peut mener pour contraindre les tribunaux à développer une asymétrie de principes dans l'interprétation des droits linguistiques.

A) Les premières tensions : égalité formelle et égalité réelle

Après 1988, on assiste à un moment d'hésitation. Les législateurs fédéraux réitèrent l'intention symétrique derrière la politique linguistique canadienne, mais la Cour suprême du pays donne l'impression qu'elle pourrait se laisser convaincre par une interprétation asymétrique (i). Cette hésitation doit toutefois retrouver ses certitudes dans un dénouement prévisible en l'absence de stratégie judiciaire de remplacement. L'intention législative, lue conformément aux théories de la conception de la politique linguistique canadienne, amène les tribunaux à réaffirmer l'insurmontable interprétation symétrique (ii).

i) Une nouvelle conception formelle de la politique linguistique canadienne (1988) et la promesse judiciaire d'en dépasser les termes

En 1988, le pays assiste au quatrième événement construisant l'intention législative sur les langues officielles (a). Devant la Cour suprême, la francophonie canadienne se divise. Mais une lueur d'espoir apparaît (b).

a) La rédaction de la loi nouvelle Loi sur les langues officielles de 1988 : prolonger le cœur de la politique linguistique

L'année 1988 est décidément une année chargée. Alors que la ratification de l'accord du lac Meech est toujours en suspens, le Parlement fédéral voit à l'adoption d'une nouvelle *Loi sur les langues officielles*¹. Le projet de loi C-72 sur les langues officielles, lu pour la première fois aux Communes le 25 juin 1987 (c'est à cette occasion que le texte est présenté, sans débats), est adopté en juillet 1988 et entre en vigueur pour l'essentiel à l'automne 1988 (même que certaines de ses dispositions entre en vigueur au début de l'année 1989). Il s'agit

¹ L.C. 1988, c. 38.

du quatrième événement qui construit l'intention législative sur les langues officielles au Canada.

Le projet de loi C-72 se résume ainsi. D'une part, il reprend beaucoup d'éléments déjà inscrits dans la loi de 1969, comme les garanties relatives au bilinguisme devant le Parlement fédéral et devant les tribunaux fédéraux, ou concernant l'offre de services dans les deux langues par les institutions fédérales et l'utilisation du français et de l'anglais dans leurs documentations adressées au public. Il confirme aussi le poste de commissaire aux langues officielles du Canada, avec le mandat de voir au respect de la loi grâce à un pouvoir d'enquête et de faire rapport devant le Parlement fédéral.

D'autre part, C-72 ajoute quelques morceaux à la politique linguistique canadienne. Il propose un droit de travailler dans l'une ou l'autre des langues officielles dans certaines institutions fédérales. Il veut garantir au sein de la fonction publique fédérale une juste représentation des francophones et des anglophones. Il met de l'avant, dans sa partie 7, l'engagement fédéral de voir à l'épanouissement des minorités officielles et à la promotion des deux langues. C'est là que C-72 donne au secrétaire d'État du Canada (un ministre) le mandat d'encourager les provinces, les municipalités, les écoles, les entreprises, les organisations patronales et syndicales et les organismes bénévoles à utiliser les deux langues officielles. Le législateur fédéral veut ainsi codifier le programme que se donne le gouvernement de voir à ce que les acteurs qui relèvent généralement des provinces embrassent la politique linguistique canadienne, tant au Québec qu'ailleurs au Canada.

C-72 crée également un recours judiciaire advenant le non-respect de certaines de ses dispositions, un recours pouvant être intenté par toute personne ou par le commissaire aux langues officielles et donnant droit à réparation. Il donne un statut quasi constitutionnel à plusieurs parties de la *Loi sur les langues officielles*, c'est-à-dire qu'il leur donne priorité dans les cas où elles s'avéreraient incompatibles avec les dispositions d'une autre loi fédérale. Enfin, le projet modifie d'autres lois fédérales, comme le *Code criminel*, afin de prévoir le droit à un procès criminel dans l'une ou l'autre des langues officielles partout au Canada.

L'événement de 1988 est incontournable dans la construction de l'intention législative sur les langues officielles au Canada. C-72 confirme une fois de plus l'intention derrière une politique linguistique consacrant des droits applicables à la fois au Québec et dans le reste du

Canada. On se souvient des travaux de la professeure Linda Cardinal. Ajoutant sa voix au débat symétrie-asymétrie dans l'interprétation des droits linguistiques, celle-ci n'hésite pas à fonder sa réflexion sur ce qui constitue largement la politique linguistique canadienne. Elle y inclut en conséquence nécessairement des instruments situés à l'extérieur des lois formellement constitutionnelles, par exemple, la *Loi sur les langues officielles* de 1988 (voir l'Introduction générale de la présente thèse).

Cet événement renforce aussi la position adoptée par le juge en matière de droits linguistiques. On se souvient de l'habile stratégie judiciaire : en retrouvant l'intention législative, en attribuant ainsi à d'autres le sens qu'il donne à un texte, le juge cherche à rendre invisible l'immense pouvoir qu'il détient. Il s'agit de mieux le protéger, voire de l'accroître, si possible. Et pour convaincre, le juge s'appuie sur un procédé éprouvé : il interprète l'intention législative à partir des théories élaborées pour comprendre la problématique soumise au regard des tribunaux. Le juge ne plonge donc pas n'importe comment dans les débats parlementaires. Il a besoin de théories particulières à la question à laquelle il cherche à répondre pour pouvoir, comme l'indique Michel Troper, « reconstruire » l'intention législative (voir la sous-partie I.B] i]).

Or, on l'a vu, toutes les théories de la conception de la politique linguistique canadienne pointent dans la même direction. Selon le professeur Joseph Eliot Magnet, les droits linguistiques sont conceptualisés en fonction du mythe selon lequel « le Canada anglais et le Québec renvoient l'un et l'autre une même image par effet miroir, qu'ils sont les deux faces d'une même pièce » (traduction libre)². C'était ainsi en 1867, en 1982, bref, à chaque fois qu'il faut élaborer des droits applicables simultanément au Québec et dans le reste du Canada, comme maintenant en 1988.

Le juge qui se saisit d'une affaire portant sur les droits linguistiques voit alors un boulevard s'ouvrir devant lui : il peut protéger et accroître son pouvoir grâce à un procédé éprouvé qui lui suggère d'adopter une interprétation symétrique. Peu importe la question qu'il doit trancher, s'il est confronté à un droit applicable à la fois au Québec et dans le reste du Canada, il peut s'avancer sans trop risquer de se tromper. Le quatrième événement qui construit

² Joseph Eliot MAGNET, « Language Rights : Myth and Reality », (1981) 12 *R.G.D.* 261, 263.

l'intention législative sur les langues officielles ajoute même encore de la cohérence là où il existe déjà une cohérence à toute épreuve : l'intention est symétrique.

L'événement de 1988 est enfin incontournable parce que les parlementaires siégeant à Ottawa cette année-là – dont le ministre de la Justice et procureur général du Canada Ray Hnatyshyn, celui qui porte le projet de loi C-72 au nom du gouvernement progressiste-conservateur de Brian Mulroney – répètent partout qu'ils se situent dans la suite des trois événements précédents. Selon Hnatyshyn, par exemple, qui s'exprime le premier lors de l'ouverture des débats en deuxième lecture à la Chambre des communes le 8 février 1988, la nouvelle *Loi sur les langues officielles* veut « harmoniser les dispositions de la Loi sur les langues officielles de 1969 avec la Charte des droits »³. Le député libéral fédéral ontarien Jean-Robert Gauthier, qui s'exprime immédiatement après le ministre au nom de l'opposition officielle (il occupe la fonction de whip), ajoute qu'il s'agit de « rajeunir » la loi de 1969 et de la « mettre au diapason de la nouvelle réalité constitutionnelle et sociale canadienne »⁴.

Devant l'une et l'autre des chambres du Parlement fédéral, en toute circonstance, les parlementaires répètent donc que l'intention est de prolonger des droits symétriques au bénéfice du français et de l'anglais. Jamais n'est-il question de moduler l'interprétation de ces droits en fonction du pouvoir d'attraction réelle de chacune de ces deux langues. Au contraire, il est spécifié que c'est surtout ce qu'il ne faut pas faire. C'est toutefois une controverse alimentée par des déclarations extraparlimentaires qui nourrissent le plus la construction d'une intention législative symétrique. Bien malgré lui, Lucien Bouchard,

³ DÉBATS DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, 33^e légis., 2^e sess., vol. 10, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1987-1988, p. 12705.

⁴ *Id.*, p. 12708. Hnatyshyn indiquera en outre le 22 mars 1988 devant le comité d'étude de la Chambre des communes sur le projet de loi C-72 vouloir prolonger l'œuvre de l'article 133 de L.C. 1867 (CHAMBRE DES COMMUNES, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi c-72 Loi concernant le status [sic] et l'usage des langues officielles du Canada*, 33^e légis., 2^e sess., Ottawa, 1988, p. 1 : 13). Des commentaires similaires au sujet de l'héritage à perpétuer des Pères de la Confédération seront également tenus lors des débats devant le Sénat, notamment par Lowell Murray, leader du gouvernement et ministre d'État aux Relations fédérales-provinciales, le 13 juillet 1988 (DÉBATS DU SÉNAT, 33^e légis., 2^e sess., vol. 4, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1988, p. 4000). Le 20 juillet 1988, le ministre Lucien Bouchard citera pour sa part devant le comité sénatorial étudiant C-72 le passage suivant d'un discours de Brian Mulroney : « J'ai la conviction profonde, attribuée également à sir John A. Macdonald, que l'unité nationale véritable ne sera jamais réalisée tant que les Canadiens francophones vivant à l'extérieur du Québec ne jouiront pas des mêmes droits que les Canadiens anglophones dans ma province d'origine [le Québec]. » (DÉLIBÉRATIONS DU COMITÉ SPÉCIAL DU SÉNAT SUR LE PROJET DE LOI C-72, LOI CONCERNANT LE STATUT ET L'USAGE DES LANGUES OFFICIELLES DU CANADA, 33^e légis., 2^e sess., Ottawa, p. 1 : 33)

secrétaire d'État du Canada, est celui qui donne l'occasion au mythe de l'égalité d'affirmer sa toute-puissance.

- La symétrie, dénominateur commun de la bonne entente et de la discorde à Ottawa

C'est le 8 février 1988 que s'ouvre à la Chambre des communes le débat sur le projet de loi C-72⁵. Derrière la belle complicité qui unit le ministre Hnatyshyn et le premier interlocuteur de l'opposition officielle au sujet du principe défendu par le projet (Hnatyshyn veut « appuyer le développement des minorités francophones et anglophones », Gauthier souhaite favoriser « l'épanouissement linguistique des communautés minoritaires anglaises et françaises »), un important bruit de fond se fait entendre. Rappelons que l'accord du lac Meech n'a toujours pas été entériné par tous les partenaires de la fédération canadienne. En 1988, une certaine grogne remonte constamment à la surface et se mêle au débat sur les langues officielles. Mais à tout coup, dans la complicité et dans la cacophonie, la Chambre des communes s'entend pour formuler des droits symétriques.

Le 8 février, quelques minutes après l'échange Hnatyshyn-Gauthier, où il n'est question que de symétrie, un débat s'engage de façon décousue entre quelques députés d'arrière-ban. Ils critiquent C-72 en mélangeant les langues officielles fédérales, la clause de société distincte prévue dans l'accord du lac Meech et la loi 101. Décousu, certes, mais le débat rappelle qu'à Ottawa, toute proposition qui voudrait protéger le français minoritaire sans protéger l'anglais minoritaire également serait considérée être une proposition injuste.

Le député libéral du Québec Warren Allmand est le premier à se lancer dans cette mêlée. Alors que le fédéral s'apprête à prolonger sa politique de bilinguisme, Allmand se désole de la position inchangée du Québec, comme s'il souhaitait une contrepartie de la part de la province francophone. La loi 101 existe toujours, elle « contient encore plusieurs articles oppressifs qui briment les droits linguistiques », de dire Allmand⁶. Malgré tout, et puisque l'accord du lac Meech n'ouvrira pas la porte à une diminution des droits de l'anglais au

⁵ La présente sous-section reprend la version française des discours prononcés par les parlementaires, et ce, indépendamment de la langue dans laquelle ils ont été originalement prononcés.

⁶ DÉBATS DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, 33^e légis., 2^e sess., vol. 10, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1987-1988, p. 12738.

Québec, poursuit-il, C-72 mérite d'être appuyé. Connaissant Allmand, c'est probablement qu'il y voit un gain pour la communauté anglo-québécoise.

Un député du Parti progressiste-conservateur élu en Nouvelle-Écosse, Pat Nowlan, profite toutefois des commentaires d'Allmand pour ajouter qu'il souhaiterait voir l'adoption d'une résolution de la Chambre des communes dénonçant explicitement la loi 101. Dans le contexte d'une nouvelle *Loi sur les langues officielles* et de la clause de société distincte prévue dans Meech, et considérant la tentative de réconciliation entamée depuis le départ à la retraite de Pierre Elliott Trudeau et l'arrivée de Mulroney, Québec lui apparaît être un mauvais joueur avec sa loi 101.

Allmand ne condamne pas l'idée. Comme Nowlan, il souhaite voir Québec reculer ; Allmand veut que Québec « légifère afin de supprimer les mesures répressives de la Loi 101 ». Mais en attendant, ce que le fédéral doit faire, selon Allmand, c'est de donner l'exemple avec une loi conférant des droits égaux, symétriques, c'est-à-dire, dans ses termes, « équitables ». « Je conviens avec le député [Nowlan] que toutes les parties doivent être équitables. La même impartialité dont nous essayons de faire preuve au palier fédéral doit également s'appliquer aux provinces. » Ainsi, Allmand « demande au Québec de suivre l'exemple que nous lui donnons ici »⁷.

Le débat se poursuit ensuite avec l'intervention d'un autre député du Parti progressiste-conservateur, Alex Kindy, de l'Alberta. Ce dernier n'est pas rassuré par la clause de société distincte. Il a peur de l'asymétrie qu'elle pourrait engendrer eu égard à C-72 : « Les tribunaux pourraient décider qu'en vertu de la clause sur la société distincte, ce projet de loi [C-72] ne s'appliquera qu'au Canada anglais, et non pas au Québec puisque cette province doit protéger sa propre langue. »⁸ Kindy interpelle Bernard Valcourt, ministre d'État aux Petites entreprises, au Tourisme, aux Affaires indiennes et du Nord canadien : « Quelle est son attitude vis-à-vis de la Loi 101 de la province de Québec, de la protection de la langue anglaise dans cette province ? Est-ce qu'il serait prêt à appuyer une résolution de la Chambre pour que le Québec retire la Loi 101 ? »⁹

⁷ *Id.*, p. 12739.

⁸ *Id.*

⁹ *Id.*, p. 12742.

Le ministre lui répond vaguement qu'il n'entend pas s'immiscer dans les affaires québécoises. Alors Nowlan revient à la charge pour appuyer Kindy au sujet d'une résolution de la Chambre des communes dénonçant la loi 101. Puis le débat dérape avec les commentaires du député libéral du Québec Jean-Claude Malépart et la réplique du ministre Valcourt tentant de démêler les éléments qui s'entremêlent dans un débat qui devrait pourtant porter sur le principe du projet de loi C-72...

Bref, le 8 février, entre l'échange Hnatyshyn-Gauthier et la cacophonie des députés d'arrière-ban, tous les parlementaires jouent finalement la même partition. Une mesure introduisant de l'asymétrie dans la politique linguistique canadienne serait indéfendable à Ottawa.

Le lendemain 9 février, c'est Ron Stewart, un député progressiste-conservateur de l'Ontario, qui raconte la même histoire. Celui qui a démissionné de ses fonctions de secrétaire parlementaire du ministre des Approvisionnements et Services afin de protester contre C-72 dénonce le fait que Québec maintienne la loi 101 alors que le fédéral propose de renforcer sa politique de bilinguisme. Un autre député, élu aussi sous cette bannière en Colombie-Britannique, Stan Graham, partage la même réflexion : « Certains députés se demandent probablement pourquoi le gouvernement fédéral présente le projet de loi C-72 alors que nous n'avons toujours pas résolu les problèmes et corrigé les attitudes exprimées dans la Loi 101. »¹⁰

Aux critiques de Stewart et Graham mélangeant encore les langues officielles fédérales et la loi 101, le député libéral Malépart répond que la loi 101 est une question provinciale, et que, sur le plan provincial, il ne faut pas oublier que l'Alberta vient de répudier les obligations de bilinguisme qui étaient jusqu'à tout récemment les siennes¹¹. Le ministre David Crombie ajoute aussitôt « que les collectivités anglophones du Québec appuient le projet de loi à l'étude ». Il poursuit : « On dira ce qu'on voudra, mais, pour cette raison, ceux qui tiennent à appuyer non seulement les collectivités francophones du pays, mais aussi les collectivités

¹⁰ *Id.*, p. 12797.

¹¹ Comprenant que l'arrêt *Mercury* relatif à la Saskatchewan la concerne tout autant, l'Alberta décide en 1988 de se départir des obligations de bilinguisme qui la touchaient jusque-là. Dans l'arrêt *Mercury*, les juges majoritaires sont d'avis que les obligations de bilinguisme visant les Territoires du Nord-Ouest ont survécu lors de la création de la Saskatchewan et de l'Alberta en 1905, mais, n'ayant pas été enchâssées dans la Constitution par la même occasion, ces juges indiquent que ces obligations de bilinguisme peuvent être abrogées par une loi provinciale.

anglophones du Québec ont le devoir de défendre ce projet de loi.»¹² Suivant ce concert symétrique, les débats du 9 février prennent fin.

Le 7 mars suivant, un député remarque que « le gouvernement n'a plus d'orateurs à présenter » et que « les trois partis ont manifesté leur appui ». Il propose « que le sujet [puisse] maintenant faire l'objet de la deuxième lecture afin que le projet de loi soit renvoyé à un comité »¹³. Après quelques échanges au sujet de l'importance de C-72 pour l'unité canadienne, les parlementaires votent en faveur du principe et le projet de loi est confié à un comité d'étude.

En juin 1988, le gouvernement du Québec exprime ses réserves au sujet du projet de loi C-72. Lucien Bouchard, secrétaire d'État du Canada, se fait rassurant. En conférence de presse à Québec, il ose alors s'avancer sur le terrain de l'asymétrie. Il est brutalement rappelé à l'ordre. Seule la symétrie a droit de citer dans la politique linguistique canadienne.

- Une controverse extraparlamentaire à l'assaut de l'inébranlable symétrie au Parlement

Le Comité législatif sur le projet de loi C-72 de la Chambre des communes se rencontre pour la première fois le 17 mars 1988. Le premier témoin, le ministre Hnatyshyn, vient présenter l'intention gouvernementale. Le 22 mars, il confirme en ces termes que l'intention est symétrique :

Je pense que les principes du projet de loi s'appliquent partout au pays. J'ai fait allusion à un certain nombre de choses, mais il n'y a pas de différence dans l'application de la loi entre les différentes régions. Par conséquent, une situation qui est juste et équitable envers la minorité anglophone de la province du Québec devrait être juste et équitable envers la collectivité francophone à l'extérieur du Québec.¹⁴

Quelques jours plus tard, le 31 du même mois, Lucien Bouchard entre au conseil des ministres fédéraux¹⁵. Bouchard souhaitait le ministère de la Justice, Mulroney lui offre le

¹² DÉBATS DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, 33^e légis., 2^e sess., vol. 10, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1987-1988, p. 12798.

¹³ DÉBATS DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, 33^e légis., 2^e sess., vol. 11, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1987-1988, p. 13446.

¹⁴ CHAMBRE DES COMMUNES, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-72 Loi concernant le status [sic] et l'usage des langues officielles du Canada*, 33^e légis., 2^e sess., Ottawa, 1988, p. 1 : 39 et 40.

¹⁵ D'abord ministre non élu, en attendant qu'il remporte l'élection partielle dans la circonscription de Lac-Saint-Jean le 20 juin 1988.

secrétariat d'État, « dont je ne savais rien », admettra-t-il dans des mémoires publiés au début des années 1990. « [M]ais j'acceptai quand même, poursuivra-t-il, tant était grande mon inexpérience. »¹⁶ Il fera rapidement l'apprentissage du mythe indépassable de la politique linguistique canadienne.

Bouchard se retrouve avec la responsabilité que veut donner au secrétaire d'État du Canada la partie 7 du projet de loi C-72, soit l'engagement du gouvernement fédéral « à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada et à appuyer leur développement, ainsi qu'à promouvoir la pleine reconnaissance et l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne » (art. 41). Le programme envisagé est vaste. D'une part, C-72 demande en ce sens au secrétaire d'État d'« encourager et aider les gouvernements provinciaux à favoriser le développement des minorités francophones et anglophones, et notamment à leur offrir des services provinciaux et municipaux en français et en anglais » (art. 43[1]d)). D'autre part, il lui demande d'« encourager les entreprises, les organisations patronales et syndicales, les organismes bénévoles et autres à fournir leurs services en français et en anglais », et d'« encourager et aider les organisations, associations ou autres organismes à refléter et promouvoir, au Canada et à l'étranger, le caractère bilingue du Canada » (art. 43[1]f] et g]).

Mars 1988 marque aussi l'entrée en scène du gouvernement du Québec. Ce mois-là, le Conseil de la langue française, un organisme du gouvernement québécois, rend un avis percutant au sujet du projet de loi C-72 à la ministre responsable de l'application de la loi 101, Lise Bacon. Il se dit « préoccupé par la vision symétrique du projet de loi », une « vision ne tenant pas compte du fait que, des deux langues officielles du Canada, seule la langue française est menacée, même au Québec »¹⁷.

Le Conseil souligne surtout à gros traits que C-72 veut étendre les objectifs fédéraux de bilinguisme aux « services provinciaux, municipaux et dans les entreprises, autant de secteurs relevant de la compétence législative provinciale ». Or, selon le Conseil, « [i]l est clair,

¹⁶ Lucien BOUCHARD, *À visage découvert*, Montréal, Boréal, 1992, p. 250.

¹⁷ CONSEIL DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Le projet de loi fédéral C-72 relatif au statut et à l'usage des langues officielles au Canada : avis à la ministre responsable de l'application de la Charte de la langue française*, Québec, Service des communications du Conseil, 1988, en ligne : http://www.cslf.gouv.qc.ca/bibliotheque-virtuelle/publication-html/?tx_iggcplplus_pi4%5Bfile%5D=publications/avis112/avis112.htm (consulté le 11 avril 2016).

concrètement, que favoriser l'égalité de statut et d'usage des deux langues officielles équivaut à promouvoir la langue anglaise au Québec plutôt que le français, la langue à protéger au Canada. Il y a donc collision entre les objectifs linguistiques fédéraux et provinciaux au Québec. »

L'avis mentionne par contre qu'« [i]l n'existe pas de conflit de lois au sens strict entre le projet de loi C-72 et la Charte de la langue française, pris article par article ». L'incompatibilité est sur le plan des objectifs. Le Conseil note même au passage que l'aventure proposée par C-72 peut constituer une nouvelle occasion de division dans la francophonie canadienne :

L'un des objectifs de la Charte de la langue française était de mettre un terme au recours à l'exigence du bilinguisme là où cela ne se justifie pas. Cette exigence avait, en se généralisant, l'inconvénient grave d'enseigner aux Québécois de langue française que l'on ne peut gagner sa vie en français.

L'optique que propose le projet de loi C-72 est de reprendre ce chemin, délaissé par Québec en 1974 et 1977, et de faire la promotion du bilinguisme en vue d'aboutir à une égalité de statut et d'usage. *Si cette façon de faire convient à la francophonie hors Québec*, elle méconnaît gravement les pressions assimilatrices que connaît le Québec francophone. Cette politique, appliquée au Québec, n'aura-t-elle pas pour effet de jeter la confusion dans les esprits, en appliquant deux philosophies aussi contrastées à une même – et fragile – situation linguistique ? (italiques ajoutés)

L'engagement retrouvé à la partie 7 du projet de loi C-72 est énoncé en deux temps, peut-on insister ici. D'une part, il demande au secrétaire d'État du Canada d'« encourager et aider les gouvernements provinciaux » à « offrir des services provinciaux et municipaux en français et en anglais » (art. 43[1]d). Cela suppose donc *a priori* qu'il faille passer par la province afin d'aider la progression des objectifs de bilinguisme. D'autre part, le même engagement visant « les entreprises, les organisations patronales et syndicales, les organismes bénévoles » et autres organisations et associations n'exige pas, quant à lui, que le secrétaire d'État passe de la même manière par la province (art. 43[1]f et g)]. On comprend que le fédéral pourrait toujours agir à cet égard unilatéralement.

Mais qu'importe : le Conseil de la langue française n'est pas rassuré. Il souligne les dangers que comporte pour Québec la codification du pouvoir fédéral de dépenser en matière de langues officielles :

Par ailleurs, s'il est vrai que, pour promouvoir le bilinguisme des services provinciaux ou municipaux, le secrétaire d'État doit faire passer ses subventions par les provinces, il faudra sans doute compter avec la pression qu'engendrera cette disponibilité financière. Il est à prévoir que, les moyens étant disponibles, la demande de services bilingues se présentera de la façon suivante : dans une province ou une municipalité comprenant une communauté minoritaire de langue officielle, les membres de cette communauté souhaiteront avoir des services dans leur langue, ce qui suppose à terme la création d'une administration bilingue, quelle que soit la formule.

La demande de services bilingues s'appuierait sur plusieurs arguments : 1) il s'agit d'une des deux langues officielles reconnues par la constitution du pays ; 2) le principe de l'égalité des usagers devant le service public commande que les usagers des deux langues officielles soient traités sur le même pied quant à l'accès aux services publics fédéraux, provinciaux et municipaux ; 3) les moyens sont disponibles pour y pourvoir sous la forme des programmes de promotion du secrétaire d'État.

Une telle situation mettra en scène quatre intervenants : le demandeur de services dans l'autre langue officielle, la municipalité, la province et le gouvernement fédéral. Tout porte à penser qu'au Québec, la province risque de se trouver seule à refuser le retour au bilinguisme systématique, face à deux ou trois intervenants d'accord pour le promouvoir. Même si le gouvernement provincial est l'intermédiaire indispensable du pourvoyeur fédéral, c'est une position qui, une fois de plus, risque de mettre en difficulté le gouvernement du Québec. Celui-ci, depuis 1974 et 1977, a précisément voulu éviter une situation de diglossie dans laquelle le français, n'étant suffisant nulle part, était dévalorisé face à l'anglais devenu de ce fait langue de prestige. L'aspect financier et non législatif de l'intervention confèrera à l'État fédéral un avantage non négligeable si l'on considère que son partenaire provincial québécois a dû, quant à lui, agir de façon législative sur le même terrain. Dès lors, il est à prévoir que l'intervention fédérale et ses objectifs seraient peut-être mieux perçus alors qu'une politique québécoise orientée par nécessité vers la loi et ses commandements a un caractère de contrainte qui lui donne moins d'attrait.

Bref, en mars 1988, le Conseil de la langue française sonne l'alarme : avec C-72, « le gouvernement fédéral pourra intervenir financièrement dans des domaines provinciaux ». Le Conseil se fait le défenseur des compétences du Québec. Selon lui, à l'avenir, la politique de bilinguisme du fédéral sera, sur le même terrain, en collision avec la politique linguistique québécoise. Et le Québec ne peut être à la fois bilingue et français. C'est l'un ou c'est l'autre.

Le Conseil croit « que le Québec doit assumer lui-même l'intégralité de l'intervention linguistique de l'État dans les domaines pour lesquels la compétence lui a été dévolue par la constitution ». Il estime « opportun que le Québec [le] fasse savoir au Parlement fédéral » et qu'il « veille, par des moyens appropriés, à ce que l'action linguistique de l'État fédéral au Québec, quelle que soit sa forme, soit compatible avec l'objectif » défendu par la loi 101.

Le 6 juin, Gil Rémillard, ministre délégué aux Affaires intergouvernementales canadiennes dans le gouvernement de Robert Bourassa, sort publiquement contre le projet de loi C-72. Cette prise de position redynamise le débat qui a cours à Ottawa. Selon ce que rapporte l'édition du *Devoir* du lendemain, c'est après avoir consulté les avocats de son ministère que Rémillard choisit de se ranger derrière l'avis du Conseil de la langue française remis quelques mois plus tôt à sa collègue Lise Bacon. C-72 est « dangereux pour le Québec » ; certains de ses articles « ouvrent la porte à une intrusion fédérale dans les affaires linguistiques québécoises », constate Rémillard¹⁸.

La sortie de Rémillard est d'abord une mise en garde. Le ministre reconnaît que C-72 « n'est pas nécessairement inconstitutionnel », ajoutant qu'il « n'est pas non plus nécessairement constitutionnel ». « Tout dépendra de ce qu'Ottawa voudra faire dans l'avenir », reprend *Le Devoir*¹⁹.

Ce que Québec n'accepte pas, c'est que le fédéral tente avec C-72 de promouvoir le bilinguisme institutionnel auprès d'organismes qui relèvent de sa compétence, contredisant ainsi l'objectif défendu par la loi 101. Rémillard souhaite plutôt qu'il y ait « concordance entre les objectifs de ces deux lois ». Il plaide en faveur de l'asymétrie, une approche susceptible de rallier le Québec et les minorités françaises :

La situation du Québec au plan linguistique ne peut se comparer à celle des autres provinces, explique M. Rémillard. *Ailleurs on applique le principe de la dualité linguistique qui permet d'assurer des services en français aux minorités francophones. À cet égard, le projet C-72 est positif, croit-il. Cependant, au Québec, c'est le français qui est menacé, et non la langue minoritaire, dit-il, notant qu'on ne peut donc appliquer les mêmes solutions.* (italiques ajoutés)²⁰

Dans la foulée de cette déclaration, Rémillard annonce qu'une lettre sera envoyée au ministre fédéral Lucien Bouchard afin de formaliser la mise en garde du gouvernement québécois. Selon ce que rapporte le quotidien montréalais *The Gazette*, la plaidoirie de Rémillard du 6 juin est appuyée sur les termes de l'accord du lac Meech. Si le Québec forme une société

¹⁸ Bernard DESCÔTEAUX, « Québec mettra Ottawa en garde contre le projet de loi sur les langues officielles », *Le Devoir*, 7 juin 1988, p. 2.

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Id.*

distincte, avance-t-il, « la dualité dans les autres provinces c'est une chose, et la dualité au Québec c'est autre chose » (traduction libre)²¹.

Dès le 7 juin, Bouchard rassure Rémillard. Le gouvernement Mulroney ne souhaite pas « empiéter sur les compétences québécoises en matière linguistique »²². Bouchard s'engage donc à ce que l'intervention fédérale au Québec soit négociée avec le gouvernement québécois. Selon ce que rapporte *Le Devoir*, avec cet engagement, prononcé « spontanément », le secrétaire d'État du Canada répond « favorablement » à la requête de Rémillard²³.

Bouchard admet que Québec doit pouvoir protéger le français. Si C-72 est « une porte ouverte à une intrusion fédérale », ajoute-t-il, elle « se retrouve maintenant refermée »²⁴. Il croit même, aux dires de ce qu'on retrouve dans *Le Devoir*, que sa réponse à Rémillard est la « meilleure garantie » qui soit, car elle « est endossée [...] par le cabinet [fédéral] »²⁵. Elle lui survivra ; il en est persuadé.

Bouchard adopte une approche résolument asymétrique. Au Canada anglais, d'une part, le projet de loi doit servir les minorités françaises : C-72 « vise d'abord à permettre au gouvernement fédéral d'intervenir pour aider les minorités francophones hors Québec, a-t-il expliqué [au *Devoir*]. Le gouvernement [fédéral] ne peut se passer de cet article [l'article du projet de loi précisément critiqué par Rémillard], au risque d'abdiquer son leadership et de laisser entre les mains des provinces [anglophones] le sort de ces minorités, croit-il [toujours selon ce que rapporte *Le Devoir*]. »²⁶ Au Québec, d'autre part, le gouvernement fédéral n'agira pas sans tenir compte « du caractère distinct de la situation ». « M. Bouchard est tout à fait d'avis qu'on ne peut appliquer le principe de la dualité linguistique de façon symétrique au Canada anglais et au Canada français », précise *Le Devoir*²⁷.

²¹ Sarah SCOTT, « Remillard wants say in federal language plans », *The Gazette*, Montréal, 7 juin 1988, p. A4. Dans le texte : « duality in other provinces is one thing, and duality in Quebec is another thing ».

²² Bernard DESCÔTEAUX, « Ottawa négociera avec le Québec sur la loi des langues », *Le Devoir*, 8 juin 1988, p. 2.

²³ *Id.*

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.*

The Gazette rapporte l'échange Rémillard-Bouchard semblablement, mais à la une du journal. Le 7 juin, Bouchard « a déclaré lors d'une conférence de presse qu'il était d'accord [dans le texte : “*he agrees*”] avec le ministre délégué aux Affaires intergouvernementales canadiennes du Québec, Gil Rémillard, que le français – et non l'anglais – avait besoin de protection au Canada » (traduction libre)²⁸. Le quotidien anglophone indique également que Rémillard et Bouchard partagent la même interprétation des conséquences de Meech. Ainsi, la clause de société distincte « confirme que le Québec ne devrait pas être traité comme les autres provinces lorsqu'il s'agit de promouvoir les minorités linguistiques » (traduction libre)²⁹. Cette position, indique *The Gazette*, Bouchard l'a exprimée « sans hésitation » (traduction libre)³⁰.

Seule différence entre la nouvelle publiée dans *Le Devoir* et celle parue dans *The Gazette* : Bouchard aurait ajouté, après avoir affirmé qu'Ottawa ne peut abandonner les minorités françaises, note le quotidien de langue anglaise, « qu'il n'est pas concevable de laisser entre les mains du Québec la survie de la minorité anglophone » (traduction libre)³¹. On l'a vu, *Le Devoir* ne fait pas mention de cette dernière précision. Bouchard a-t-il fait cette précision uniquement pour satisfaire les médias de langue anglaise ?

Dans *The Gazette*, l'échange Rémillard-Bouchard fait beaucoup parler ; beaucoup. Le 8 juin, deux textes d'opinion y sont publiés. D'abord, la réaction de l'auteur et chroniqueur William Johnson³². « Le chat sort du sac » (traduction libre), écrit-il³³. L'échange Rémillard-Bouchard dévoilerait enfin le vrai visage de l'accord du lac Meech. Pour Québec, note Johnson, l'accord est « un mandat pour réprimer la langue anglaise » (traduction libre) (dans le texte : « *mandate to repress English* »)³⁴. C'est ce qu'il retient du discours voulant que C-72 ait une application asymétrique au Canada.

L'édition du 8 juin comprend aussi une chronique de Don MacPherson. En substance, le chroniqueur souligne qu'une approche asymétrique éloigne la politique linguistique

²⁸ Sarah SCOTT, « Ottawa to consult with Quebec on English », *The Gazette*, Montréal, 8 juin 1988, p. A1.

²⁹ *Id.*

³⁰ *Id.*

³¹ *Id.*

³² Il sera plus tard président du groupe de pression anglo-québécois Alliance Québec.

³³ William JOHNSON, « Language act "unacceptable" to Quebec », *The Gazette*, Montréal, 8 juin 1988, p.

B3.

³⁴ *Id.*

canadienne de l'égalité et la rapproche d'une politique de promotion du français (forcément inégalitaire, peut-on présumer). Selon MacPherson, l'asymétrie, c'est facile à vendre au Québec. Mais au Canada anglais, poursuit-il, la partie n'est pas gagnée, loin de là. La reconnaissance de la dualité linguistique pourrait être impensable sans qu'elle soit réciproquement reconnue au Québec. Dire que Meech favorise l'asymétrie, soumet enfin MacPherson, c'est mettre en danger sa ratification dans le reste du Canada. Voici ce qu'il écrit :

Cette approche « asymétrique » relative aux droits linguistiques des minorités détourne ceux-ci de l'égalité du français et de l'anglais pour les réorienter vers le français. L'approche peut être beaucoup plus facile à vendre auprès du Québec français que *dans le Canada anglais, qui lui pourrait insister pour que la reconnaissance qu'il accorde à la dualité linguistique canadienne reçoive une réponse réciproque de la part du Québec.*

Et en insistant sur cette vision « asymétrique », le Québec pourrait mettre en péril la ratification de l'accord du lac Meech dans le reste du pays. (italiques ajoutés ; traduction libre)³⁵

Le même jour, 8 juin, les gages donnés par Bouchard à Rémillard font réagir jusqu'au comité d'étude de la Chambre des communes sur C-72. Le député libéral Allmand s'inquiète. Il souhaite convoquer Bouchard et Rémillard devant le comité afin d'avoir des explications. « Je veux être sûr que ce que je lis dans le projet de loi est ce que je vais obtenir, et que je ne vais pas obtenir ce que disent M. Bouchard ou M. Rémillard », déclare-t-il³⁶. Allmand présente même une motion à ce sujet. Elle est battue (le comité est composé en majorité de membres du Parti progressiste-conservateur qui ne souhaitent pas retarder l'étude du projet de loi C-72). Mais ce n'est que partie remise.

Le lendemain, 9 juin, le quotidien *The Gazette* revient à la charge. Deux nouvelles chroniques concernent l'échange Rémillard-Bouchard. L'approche asymétrique passe mal. William

³⁵ « *This "asymmetrical" approach to minority language rights is tilted away from official linguistic equality and toward French. It may be a lot easier to sell in French Quebec than it is in English Canada, which may insist that its recognition of Canadian linguistic duality be reciprocated by Quebec. And by insisting on its "asymmetrical" view, Quebec may be jeopardizing the ratification of the Meech Lake accord in the rest of the country.* » (soulignements ajoutés) : Don MACPHERSON, « Spirit of Meech' may be spectre », *The Gazette*, Montréal, 8 juin 1988, p. B3.

³⁶ Marie TISON, « Les libéraux veulent que Lucien Bouchard précise sa déclaration », *Le Devoir*, 9 juin 1988, p. 2.

Johnson écrit que C-72 sera « un tigre sans dents au Québec » (traduction libre)³⁷. Pourquoi ? Parce que Bouchard est d'avis, tout comme Rémillard, que « c'est le français, et non l'anglais qu'il faut protéger au Québec » (traduction libre)³⁸.

Pour sa part, dans un texte intitulé « Les Anglo ici ne comptent pas autant » (traduction libre) (dans la version originale : « *Anglos here don't count as much* »), MacPherson banalise l'importance de la déclaration de Rémillard. Ce n'est qu'un « politicien provincial », écrit-il (traduction libre)³⁹.

MacPherson ne se formalise pas non plus de l'interprétation que fait Bouchard de la clause de société distincte de l'accord du lac Meech. Le chroniqueur reprend ses déclarations. Pour le secrétaire d'État du Canada, cette clause « brise la symétrie juridique ou le parallèle entre les droits de la minorité anglophone au Québec et ceux des minorités francophones dans les autres provinces » (traduction libre)⁴⁰. De plus, souligne MacPherson, Bouchard croit que Meech cherche à consolider la validité constitutionnelle de la loi 101. L'importance de l'accord constitutionnel est donc majeure. MacPherson cite Bouchard : « pour la première fois, il y aura quelque chose dans la constitution canadienne qui brisera la symétrie légale » (traduction libre)⁴¹. Mais, écrit MacPherson, c'est encore une interprétation parmi tant d'autres.

Ce qui inquiète en revanche le chroniqueur, c'est lorsque Bouchard, un « politicien national » (au sens canadien), se dit « en accord » avec Rémillard au sujet du caractère inacceptable d'une intervention fédérale unilatérale sur le terrain de la politique linguistique québécoise (traduction libre). L'asymétrie qui choque MacPherson, c'est celle qui confirme que le gouvernement fédéral, dans son action en matière de langues officielles, n'entend pas protéger les Anglo-Québécois comme il croit devoir le faire pour les minorités françaises. On brise ici une longue tradition.

³⁷ William JOHNSON, « English dealt another blow on language », *The Gazette*, Montréal, 9 juin 1988, p. B3.

³⁸ *Id.*

³⁹ Don MACPHERSON, « Anglos here don't count as much », *The Gazette*, Montréal, 9 juin 1988, p. B3.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Id.*

Il revient sur la conférence de presse de Bouchard du 7 juin. C'est vrai, concède MacPherson, le secrétaire d'État a affirmé « qu'il n'est pas concevable de laisser entre les mains du Québec la survie de la minorité anglophone » (traduction libre)⁴². Mais le chroniqueur n'est pas rassuré. Bouchard aurait fait cet ajout uniquement lorsque les journalistes ont insisté pour savoir ce qu'il pense de la minorité officielle du Québec. Il aurait donc toujours été question le 7 juin de l'importance pour le gouvernement fédéral d'intervenir en faveur des minorités françaises. Bouchard, aux dires de MacPherson, était fier de cette prise de position asymétrique. Le chroniqueur en fait un scandale.

À Ottawa, le comité de la Chambre des communes termine l'étude du projet de loi C-72. Depuis que la motion d'Allmand a été battue, les travaux avancent sans accrochage. L'échange Rémillard-Bouchard ne s'est pas déroulé entre les murs du Parlement. Au Parlement, l'intention est symétriquement sans équivoque. La Fédération des francophones hors Québec, un porte-parole majeur des minorités françaises, est déjà passée dire qu'elle appuyait C-72⁴³. Alliance Québec, le groupe de pression anglo-québécois, aussi⁴⁴. Le comité produit son rapport. Les débats peuvent reprendre aux Communes.

- En attendant que Lucien Bouchard rende des comptes au Parlement

Le débat à la Chambre des communes sur le rapport du comité d'étude et le débat en troisième lecture n'ajoutent rien à ce qui a déjà été dit au Parlement. Les mêmes préoccupations reviennent. Les mêmes thèmes également. Ne reste plus qu'à attendre le bon moment pour questionner le ministre Bouchard au sujet de ce qu'il a raconté le 7 juin 1988 en conférence de presse à Québec.

Le 6 juillet, par exemple, Ron Stewart, un député du Parti progressiste-conservateur qui s'oppose depuis le début au projet de loi C-72, cherche encore une fois à amener le débat sur le terrain de la loi 101. Il ne comprend pas : « personne n'ose se lever à la Chambre ou au

⁴² *Id.*

⁴³ CHAMBRE DES COMMUNES, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-72 Loi concernant le status [sic] et l'usage des langues officielles du Canada*, 33^e légis., 2^e sess., Ottawa, 1988, p. 7 : 5.

⁴⁴ *Id.*, p. 10 : 28.

comité pour parler de la loi 101 »⁴⁵. Il pose la question : « Y a-t-il quelqu'un pour défendre les 800 000 anglophones de la province de Québec ? »⁴⁶

Mais la loi 101 n'est finalement pour Stewart qu'un prétexte pour voter contre le bilinguisme fédéral. Cette journée-là, différents députés d'arrière-ban lui répondent que C-72 apporte justement une protection supplémentaire pour les Anglo-Québécois, la même que celle qui est proposée aux francophones hors Québec. Charles Hamelin, député progressiste-conservateur du Québec, souligne le pouvoir que C-72 entend donner au secrétaire d'État du Canada :

Voilà qui devrait rassurer la minorité anglophone du Québec. Je suis très fier de savoir que le gouvernement et le Parlement favoriseront l'épanouissement de cette communauté du Québec. Je suis au courant de ses inquiétudes. Nous avons besoin de cette communauté au Québec. Nous avons besoin d'une communauté anglophone forte.⁴⁷

Pour sa part, le libéral du Québec Raymond Garneau reconnaît que ce qui peut être ajouté ou retranché du projet affecterait les minorités officielles de la même façon : c'est « vrai autant pour les minorités des communautés de langue anglaise que des communautés de langue française. Parce que les minorités, qu'elles soient de langue anglaise ou de langue française, doivent être traitées sur un même pied. »⁴⁸

Le 7 juillet s'ouvre le débat en troisième lecture. Le ministre Hnatyshyn rappelle les idées phares du projet. Le député Jean-Robert Gauthier passe derrière pour marteler l'intention symétrique qui guide la démarche fédérale. Anglo-Québécois et francophones hors Québec, pour lui c'est le même combat : « Que ce soient les anglophones du Québec dans l'ensemble Québécois francophones, que ce soient les francophones hors Québec qui eux vivent dans l'ensemble ou dans un milieu à majorité anglophone, ils vivent des situations sinon similaires, tout au moins comparables. »⁴⁹

⁴⁵ DÉBATS DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, 33^e légis., 2^e sess., vol. 14, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1987-1988, p. 17181.

⁴⁶ *Id.*, p. 17182.

⁴⁷ *Id.*, p. 17184.

⁴⁸ *Id.*, p. 17185. Garneau parle d'une disposition de l'article 2 du projet qui a été retirée à l'occasion des travaux du comité d'étude. Son commentaire demeure pertinent puisqu'il illustre que dans tous les cas C-72 est pensé en termes symétriques.

⁴⁹ *Id.*, p. 17225.

Situant son propos dans l'histoire du Canada, Gauthier est d'avis que ce qui provient des institutions fédérales doit créer un dénominateur commun, et non renforcer les caractéristiques de chaque région. Les ententes que pourra signer le fédéral avec les provinces devront selon lui respecter les mêmes principes, sans égard au contexte : « il faudra de la vigilance pour s'assurer que les ententes qui peuvent être importantes pour les minorités soient effectivement conclues dans les deux langues officielles, qu'elles soient dans une province anglaise ou française »⁵⁰.

Et à ce point, tout, vraiment tout a été dit à la Chambre des communes. Le député néo-démocrate de l'Ontario Ernie Epp insiste pour dire que C-72 n'est pas rédigé pour qu'il soit moins rigoureusement appliqué au Québec : « Il faut notamment l'adopter si l'on veut être en mesure, comme l'a dit quelqu'un hier, de s'élever contre le sort qui est fait à la minorité anglophone au Québec et de dénoncer les conséquences de la Loi 101. »⁵¹

La Chambre passe au vote. C-72 est adopté. Il est immédiatement envoyé Sénat, où il est présenté, le même jour, 7 juillet 1988, en première lecture. La Chambre haute ne manque pas la chance d'aller au fond des choses. Le ministre Lucien Bouchard est invité.

- Le prix à payer : la symétrie

Le 13 juillet 1988, c'est l'ouverture du débat en deuxième lecture au Sénat. Lowell Murray, leader du gouvernement Mulroney à la Chambre haute et ministre d'État aux Relations fédérales-provinciales, situe le projet de loi dans son contexte. Il est d'avis que le Canada reste divisé, divisé entre des droits insuffisants pour les minorités au Canada anglais et la loi 101 au Québec. Mais il croit que le fédéral donne l'exemple avec le projet de loi C-72 en mettant chez lui les deux langues officielles à égalité⁵².

Dalia Wood, une sénatrice libérale du Québec, enchaîne immédiatement. Elle se porte à la défense de la communauté anglo-québécoise. Elle veut être rassurée. Wood admet la nature symétrique de C-72, mais souligne que les propos tenus par Bouchard en juin dernier en réponse à une mise en garde formulée par Rémillard méritent que certaines choses soient mises au clair. Les ententes que pourra signer le fédéral avec le Québec seront-elles rédigées

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Id.*, p. 17231.

⁵² DÉBATS DU SÉNAT, 33^e légis., 2^e sess., vol. 4, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1988, p. 4000.

dans les deux langues ? Les communications du gouvernement fédéral seront-elles bien bilingues en territoire québécois ? Y aura-t-il une juste représentation des Anglo-Québécois dans la fonction publique fédérale ? Tout semble symétrique dans C-72, mais Wood veut l'entendre de la bouche de Lucien Bouchard :

Je crois que le secrétaire d'État devrait s'employer à faire avancer l'égalité de statut et d'utilisation du français et de l'anglais au Canada. Bien que ces dispositions soient incorporées dans le projet de loi, j'entretiens quelques doutes sur la volonté de les mettre en œuvre, surtout à la suite des déclarations de M. Rémillard, actuel ministre de la Justice du Québec, qui est responsable des relations fédérales-provinciales quant à l'observation de la Loi 101, et de la réaction excessivement tolérante du secrétaire d'État du Canada, M. Lucien Bouchard. J'aimerais que l'un ou l'autre me dise si je comprends bien la Partie VII de la Loi ou s'il existe une autre interprétation.⁵³

Le sénateur libéral du Manitoba Douglas D. Everett prend ensuite la balle au bond. Il mentionne que l'opinion publique dans l'Ouest canadien n'est pas tendre à l'endroit du Québec. Pourquoi ? D'un côté, il croit que le Canada anglais est de plus en plus disposé à accepter la politique de bilinguisme. Everett donne pour preuve le fait que de nombreux parents souhaitent maintenant que leurs enfants apprennent à parler français. Il y a aussi C-72, grâce auquel Ottawa pourrait faire un pas de plus. Mais de l'autre côté, Everett sent que le Québec ne souhaite pas faire son bout de chemin. « Il se passe toutefois quelque chose dans la province de Québec qui nous dérange beaucoup dans l'ouest du Canada », dit-il.

Ce qui dérange, c'est évidemment la loi 101, « c'est la forte impression [...] que la minorité de langue anglaise n'est pas traitée de façon équitable dans cette province ». Or, Québec doit, selon lui, être prudent : « si le Québec ne fait pas attention, il va miner ce principe tout à fait valable du bilinguisme »⁵⁴.

Il a aussi l'impression que le fédéral accepte deux poids, deux mesures. Everett ne cite pas l'échange Rémillard-Bouchard, mais c'est tout comme. Il ne peut accepter plus pour les francophones hors Québec et moins pour les Anglo-Québécois. Il rappelle l'appui financier offert par le fédéral pour soutenir la cause des Franco-Manitobains dans l'affaire *Forest* tranchée par la Cour suprême du Canada en 1979 et dans le *Renvoi manitobain* de 1985. Il se souvient d'une résolution du Parlement canadien enjoignant le Manitoba à respecter le

⁵³ *Id.*, p. 4005.

⁵⁴ *Id.*

bilinguisme législatif et judiciaire. Il signale que des « pressions énormes » ont été exercées sur cette province durant plusieurs années.

Cependant, pendant ce temps, Everett croit que le fédéral n'a pas bronché lorsque les Anglo-Québécois ont eu besoin d'aide. Entre sa réaction dans le dossier du Manitoba et dans celui du Québec, argue-t-il, un « contraste frappant ». Everett doute que le fédéral ait financé les batailles judiciaires de la communauté anglo-québécoise. « [O]n me corrigera si j'ai tort », précise-t-il. Il déplore l'absence de grand discours à Ottawa pour voler au secours de la minorité anglaise. Il s'en désole : « Personne ne m'a dit mot d'une résolution mixte du Parlement du Canada enjoignant le Québec d'abroger la Loi 101. »⁵⁵

L'intervention d'Everett, peut-on ajouter, c'est l'expression de la difficulté que peut rencontrer au Canada anglais la défense d'une asymétrie favorable au français partout au pays :

Voici donc, ce que je veux vous dire, honorables sénateurs : j'appuie d'emblée le projet de loi C-72. Cela me semble un grand pas en avant, mais pour que l'évolution continue, il faudra que les francophones de la province de Québec manifestent autant de bonne volonté que les non-francophones du reste du Canada.⁵⁶

Après Everett, le sénateur libéral du Québec Philippe Deane Gigantès soutient que la situation du Manitoba et celle du Québec ne se comparent pas ; c'est comparer « des oranges avec des pommes ». Everett rétorque qu'il ne cherche pas à scruter ce que font les provinces pour leurs minorités officielles. Son propos visait plutôt le gouvernement fédéral. Il veut qu'Ottawa intervienne symétriquement : « Je tiens par-dessus tout à ce que la mise en œuvre de cette loi se fasse convenablement sans qu'aucune région du Canada ne suscite des craintes ou ne jouisse de quelque faveur. »⁵⁷

Le lendemain, 14 juillet, *The Gazette* offre une tribune à la sénatrice Dalia Wood. Dans une entrevue qu'elle accorde au quotidien, elle affirme : « J'aime le projet de loi C-72, mais je l'aime pour tout le Canada. » (traduction libre)⁵⁸ Wood rappelle ainsi l'échange Rémillard-Bouchard du mois dernier : « Jusqu'à ce que M. Rémillard décide de s'y opposer, la loi était

⁵⁵ *Id.*, p. 4006.

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *Id.*, p. 4007.

⁵⁸ THE GAZETTE, « Senator Wood hesitating on language bill », *The Gazette*, Montréal, 14 juillet 1988, p. A4.

correcte. » (traduction libre). Elle dit « craindre que la loi ne soit pas appliquée uniformément [dans le texte : “equally”] à travers le pays » (traduction libre)⁵⁹. Wood précise enfin qu’elle souhaite pouvoir recevoir Bouchard devant le comité sénatorial appelé à étudier prochainement C-72.

Dans cette même édition, *The Gazette* publie une chronique de Gretta Chambers revenant encore sur l’échange Rémillard-Bouchard. La chroniqueuse critique la position prise par Rémillard et le premier ministre Bourassa sur C-72. Elle l’associe à celle de l’opposition officielle formée par le Parti québécois à l’Assemblée nationale, qui ne souhaite pas voir la progression du bilinguisme institutionnel au Québec. Or, selon Chambers, « le prix à payer pour un Canada uni est deux langues officielles » (traduction libre)⁶⁰.

Plus tard dans la journée, le travail du quotidien *The Gazette* remonte jusqu’à la Chambre haute. C’est l’occasion pour un sénateur de rappeler qu’il faut exiger des explications du ministre Bouchard :

Aujourd’hui, on mentionne dans un article du journal *The Gazette* de Montréal que M. Gil Rémillard aurait déclaré à Québec qu’il serait tout à fait inacceptable que le gouvernement fédéral se serve du projet de loi – c’est-à-dire le projet de loi C-72 – pour promouvoir le bilinguisme sur les lieux de travail, dans la province de Québec. Selon l’article, M. Rémillard aurait écrit une lettre dans ce sens à M. Bouchard.⁶¹

Le libéral du Manitoba Joseph-Philippe Guay revient sur les luttes menées par la communauté franco-manitobaine avant d’ajouter qu’il faut venir en aide également à toutes les minorités officielles : « C’est pourquoi je juge primordial que le gouvernement fédéral, par l’entremise du secrétariat d’État, soutienne les minorités tant anglophones que francophones. »⁶²

Ce 14 juillet, c’est le leader du gouvernement au Sénat Lowell Murray qui prend le dernier la parole. Il approuve les propos du sénateur Gigantès prononcés la veille : c’est vrai, on ne peut comparer la réalité des anglophones du Québec avec celle des minorités françaises. Il répond aussi aux allégations qu’Everett a formulées à la même occasion : le fédéral en a fait

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ Gretta CHAMBERS, « The price of Canada is two languages », *The Gazette*, Montréal, 14 juillet 1988, p. B3.

⁶¹ DÉBATS DU SÉNAT, 33^e légis., 2^e sess., vol. 4, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1988, p. 4019.

⁶² *Id.*, p. 4022.

beaucoup pour les Anglo-Québécois, et il entend poursuivre son action symétrique avec C-72.

Ainsi, dans les affaires *Ford* et *Devine*, sur lesquelles la Cour suprême doit bientôt se prononcer, « les appels à ce sujet ont été subventionnés par le gouvernement du Canada en vertu du Programme de contestation judiciaire »⁶³. Murray ajoute : « En fait, on pense que la création de ce programme [fédéral] en mars 1978 a été la réponse du gouvernement au projet de loi 101 qui avait été adopté à la fin de l'été 1977. » De plus, note-t-il, « [l]e Canada [par l'entremise de son procureur général] a déposé un mémoire distinct dans les deux affaires [*Ford* et *Devine*] en s'opposant à la loi du Québec sur l'affichage [la loi 101] »⁶⁴.

Enfin, Murray confirme l'intention symétrique, toujours le même : « Le gouvernement actuel – et le précédent, en fait – n'ont jamais préconisé que les droits de la minorité linguistique soient limités dans quelque province que ce soit. » En conséquence, poursuit-il, « [l]e sénateur Everett a tort de conclure à une double échelle de valeurs de la part du gouvernement fédéral. Les minorités ont les mêmes droits partout au Canada. » Murray rassure tout le monde : « Je garantis au sénateur Everett que le gouvernement appuie avec la même impartialité les minorités anglophone et francophone. »⁶⁵

C-72 est voté en deuxième lecture par les sénateurs. Au tour maintenant du *Comité spécial du Sénat sur le projet de loi C-72* d'en faire l'étude.

- L'apprentissage du mythe de l'égalité

Le 20 juillet 1988, le Comité débute ses travaux sous la présidence de la sénatrice Dalia Wood. Présentant le projet de loi C-72, Wood fait valoir sa structure symétrique. Comme toute la politique linguistique canadienne prise globalement, C-72 tient à un échange de garanties réciproques. Ce qui est donné au français à l'extérieur du Québec est donné de la même façon à l'anglais au Québec. Et sans la première considération, la seconde ne peut que s'effondrer, et vice versa. Wood l'affirme sans détour : « Pour ma part, je crois que si l'on ne

⁶³ *Id.*, p. 4030.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.*, p. 4031.

permet pas à la loi de s'appliquer au Québec comme il le faudrait, on ne saurait espérer qu'elle soit viable dans le reste du Canada. »⁶⁶

Ce jour-là, le premier témoin n'est nul autre que Lucien Bouchard, secrétaire d'État du Canada. Ce moment est attendu par beaucoup de parlementaires depuis le 7 juin dernier. Bouchard ne s'est toujours pas expliqué. Il le souligne. C'est la première fois qu'il rend des comptes au Parlement :

C'est pour moi une série de premières politiques, je n'ai pas eu encore l'occasion redoutable de répondre à des questions à la Chambre, non plus que d'adresser mon premier discours à la Chambre, de sorte que c'est la première fois aujourd'hui dans ma carrière politique, qui est brève, que j'ai l'occasion de m'adresser à un comité du Parlement.⁶⁷

Bouchard situe le projet de loi C-72 dans la suite des événements précédents. Il poursuit l'œuvre de la *Loi sur les langues officielles* de 1969. Il complète les droits linguistiques enchâssés dans la *Charte canadienne* en 1982. Ainsi, il ne s'agit plus seulement, souligne Bouchard, de voir à ce que les institutions fédérales offrent des services en français et en anglais. Avec C-72, la politique linguistique canadienne ira plus loin. À l'avenir, les minorités officielles doivent pouvoir « vivre dans leur langue », de dire Bouchard, et les gouvernements provinciaux doivent y contribuer⁶⁸. C'est là la pertinence de la partie 7 du projet, qui interpelle le secrétaire d'État. Il y est question de bilinguisme dans les services provinciaux, municipaux et scolaires, de même que dans les entreprises et autres institutions économiques, culturelles, sociales, médiatiques, communautaires, etc.

Le sénateur Louis Robichaud, un ancien premier ministre du Nouveau-Brunswick, père de la politique de bilinguisme de cette province, interpelle Bouchard sur des questions québécoises. Considérant l'échange Rémillard-Bouchard du 7 juin dernier, on comprend que la question de la symétrie de la politique linguistique canadienne est appelée à être omniprésente durant tout le temps alloué à la comparution de Lucien Bouchard devant le Comité. Robichaud croit que la progression des droits du français hors Québec est freinée par le mouvement d'affirmation du français au Québec. « [L]e Québec nous met en péril

⁶⁶ DÉLIBÉRATIONS DU COMITÉ SPÉCIAL DU SÉNAT SUR LE PROJET DE LOI C-72, LOI CONCERNANT LE STATUT ET L'USAGE DES LANGUES OFFICIELLES DU CANADA, 33^e légis., 2^e sess., Ottawa, p. 1 : 8.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.*, p. 1 : 9.

[“nous”, les minorités françaises] jusqu’à un certain point », lance Robichaud⁶⁹. Ce dernier questionne enfin Bouchard sur la langue de l’affichage au Québec et sur les affaires *Ford* et *Devine*.

Bouchard l’esquive, cette question, rappelant que la Cour suprême du Canada doit se prononcer bientôt.

La sénatrice Wood profite alors du retour de la parole à la présidence pour relancer le secrétaire d’État avec ce qui la tracasse depuis plus d’un mois. À l’Assemblée nationale du Québec, Rémillard a affirmé, rapporte Wood, que « le projet de loi était intéressant pour les francophones hors du Québec parce que son application leur sera profitable, “à condition qu’on respecte le principe selon lequel au Québec, c’est le français qui doit être protégé”, ajoutant qu’il ne voulait pas promouvoir le bilinguisme dans la province de Québec »⁷⁰.

Bouchard a alors tout l’espace pour enfin corriger le tir. « Je ne suis pas d’accord avec le ministre Rémillard sur la question de la compétence exclusive, répond-il. Le gouvernement fédéral est investi de la responsabilité nationale et générale de protéger et de promouvoir les minorités de chacune des langues officielles. »⁷¹ Bouchard ajoute : « Devant M. Rémillard, j’ai affirmé le rôle dévolu au gouvernement fédéral de protéger et de promouvoir les minorités dans tout le Canada. »⁷²

Ce rôle, Bouchard indique que le fédéral pourra dans certains cas le remplir malgré les provinces. Ce faisant, le ministre précise que les ententes entre Ottawa et les provinces seront privilégiées, mais, qu’à défaut d’ententes, le gouvernement central pourra agir unilatéralement. Relatant encore les discussions qu’il a eues avec Rémillard, Bouchard affirme :

J’ai dit : « Oui, mon ministère aura comme politique générale d’essayer de négocier avec toutes les provinces des programmes qui soient plus axés sur leurs besoins, avant d’aller à l’aveuglette dans tout le Canada. » J’ai dit aussi : « Nous devons faire preuve de discernement », ajoutant que si un gouvernement provincial se montrait

⁶⁹ *Id.*, p. 1 : 16.

⁷⁰ *Id.*, p. 1 : 18 et 19.

⁷¹ *Id.*, p. 1 : 19.

⁷² *Id.*

déraisonnable et intolérant au cours de ces discussions, nous agirions seuls. Voilà ce que j'ai dit.⁷³

Wood ne veut plus d'ambiguïté. Elle insiste : « Autrement dit, vous dites qu'en matière de services de santé, de services bénévoles ou de syndicalisme dans la province de Québec, vous agiriez seuls si la province de Québec vous disait : "Excusez-nous, mais vous ne pouvez pas intervenir ici et faire telle ou telle chose" ? » Bouchard répond simplement : « Précisément. »⁷⁴

Et Wood pose immédiatement la même question autrement : « Je veux seulement m'assurer que les anglophones continueront d'être protégés par cette loi, car la loi dit que vous allez promouvoir et protéger les minorités. » Bouchard répète laconiquement : « Oui. »⁷⁵

Quelques minutes plus tard, le ministre dit que la responsabilité du gouvernement fédéral est d'« appliquer une loi uniforme sur l'ensemble du territoire »⁷⁶. Mais on comprend qu'il ne s'agit pas d'intervenir partout uniformément. On comprend que le fédéral doit intervenir avec les mêmes principes, les mêmes objectifs et la même détermination partout au Canada, en adaptant toutefois son action aux besoins et réalités de chaque minorité officielle⁷⁷. Cela dit, jamais il n'est question de prendre en compte le fait que Québec désire d'abord protéger le français pour qu'en retour le fédéral limite son action pour ne pas trop protéger l'anglais en territoire québécois. C'est précisément ce que la sénatrice Dalia Wood redoute. Et c'est exactement ce que Bouchard dit que le fédéral ne fera pas⁷⁸.

Les échanges se poursuivent, et la question de l'asymétrie taraude toujours la sénatrice Wood. Elle y revient dès qu'elle peut :

Monsieur Bouchard, on dit que vous avez endossé l'opinion de M. Rémillard – et j'aimerais que vous éclaircissiez cela pour moi parce que je suis sûre que [v]ous devez avoir une autre interprétation – l'opinion, dis-je, de M. Rémillard selon laquelle « la dualité dans les autres provinces est une chose, et la dualité au Québec en est une autre ». Non seulement dit-on que vous semblez d'accord avec l'interprétation suivant

⁷³ *Id.*

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.*, p. 1 : 20.

⁷⁶ *Id.*, p. 1 : 26. Dans la traduction anglaise : « *implementing an act in standard fashion across the country* ».

⁷⁷ Évidemment, le fédéral n'entend pas soutenir exactement les mêmes projets partout. Le fédéral se donne des objectifs uniformes qui guident son action partout, mais son action est ensuite adaptée aux contextes.

⁷⁸ Et avec les mêmes principes, les mêmes objectifs et la même détermination inscrits dans une politique trouvant application au Québec et dans le reste du Canada, on sait que le Québec et les minorités françaises trouveront les ingrédients pour s'entredéchirer.

laquelle un traitement asymétrique des minorités linguistiques est conforme à l'esprit de l'accord du lac Meech, mais encore on vous prête l'affirmation que ce qui est important dans cet accord, c'est qu'il « rompt la symétrie légale » entre les collectivités minoritaires anglophones et francophones.

Pouvez-vous me dire si vous avez bien dit cela et, dans l'affirmative, ce que vous entendez par là ?⁷⁹

Bouchard en rajoute donc davantage :

Eh bien, je ne crois pas reconnaître là mes propos. Ce que j'ai dit, c'est qu'il y a uniformité entre le principe de droit et son application dans tout le Canada – une uniformité complète, totale, absolue. Il n'y a pas d'asymétrie légale dans l'ensemble du Canada.

La loi stipule que nous devons faire avancer l'objectif de l'égalité, mais nous ne partons pas du même point dans tout le pays. Ainsi, la situation des francophones du Nouveau-Brunswick n'est pas la même que la situation des francophones du Manitoba. Quand il faut élaborer des programmes pour les francophones du Manitoba, ces programmes sont différents de ceux qui concernent le Nouveau-Brunswick. Mais pour ce qui est des responsabilités du gouvernement fédéral, de nos obligations, elles sont absolument les mêmes.⁸⁰

Puis Wood redemande si Ottawa reculerait advenant que Québec refuse son intervention en matière de langues officielles. Bouchard confirme que le fédéral avancerait unilatéralement advenant un tel refus :

Si nous nous trouvions dans le cas où le gouvernement du Québec ne serait pas prêt à signer un accord par lequel nous mettrions en œuvre ce que nous croirions être des programmes nécessaires pour les collectivités anglophones de cette province, nous irions aussi loin que possible dans l'application de cette loi, dans les limites de notre compétence.⁸¹

Le témoignage du secrétaire d'État du Canada tirant à sa fin, la présidente du comité d'étude signale que la question de la symétrie demeurera toujours une préoccupation pour les minorités officielles. Wood indique que Bouchard a intérêt à tenir parole : « J'aimerais dire également que nous allons étudier cette question, peut-être pas au sein du [présent] Comité, mais au sein du Comité mixte sur les langues officielles et, je le répète, si vous ne marchez pas au pas, nous allons vous rappeler. » La mise en garde prend la forme suivante dans la

⁷⁹ *Id.*, p. 1 : 35.

⁸⁰ *Id.*, p. 1 : 35 et 36.

⁸¹ *Id.*, p. 1 : 36.

version anglaise originale : « *if you are not toeing the line we are going to call you back* ».

Et avant qu'il ne quitte le comité, Wood dit ceci à Bouchard :

Mais je préférerais que vous soyez ferme devant M. Rémillard et ne le laissez pas diminuer les droits des anglophones dans la province de Québec. Il a déclaré que la loi 101 avait préséance sur votre projet de loi. Il a dit cela à l'Assemblée nationale. J'espère que vous n'êtes pas d'avis que la loi 101 a préséance sur le projet de loi C-72.⁸²

Bouchard salue les membres du Comité. Difficile d'imaginer ce qui aurait pu être dit de plus fermement symétrique. Il laisse la place au ministre Hnatyshyn, qui, lui, apporte une énième confirmation de l'intention symétrique :

Ainsi, les règles qui s'appliquent à la minorité anglophone de la province de Québec ne doivent être pas moins souples que pour les minorités francophones habitant en dehors de cette province.

Nous nous sommes efforcés, dans le projet de loi, d'appuyer de diverses façons la minorité anglophone du Québec, et l'inverse est vrai pour les minorités francophones habitant dans le reste du pays.⁸³

Dalia Wood profite de sa présence pour lui demander ce qu'il pense de l'échange Rémillard-Bouchard de juin dernier. Manifestement, la confiance de Wood en Bouchard est limitée :

Un autre sujet de préoccupation que me donne ce projet de loi concerne une certaine déclaration de M. Rémillard selon laquelle la loi 101 a préséance sur le projet de loi C-72. Si ce n'est pas vrai, il invoque alors l'accord du Lac Meech pour affirmer que cet accord lui donne tous les pouvoirs dont il a besoin pour refuser les services bilingues que le gouvernement fédéral voudrait lui donner.

M. Rémillard soutient que les services bilingues que le gouvernement fédéral veut fournir au Québec devront faire l'objet d'un accord préalable.

J'ai fai[t] part de mes préoccupations à M. Bouchard au sujet de l'effet qu'auraient les opinions avancées par M. Rémillard concernant les droits de la minorité anglophone du Québec. Je lui ai dit mon espoir que des opinions comme celles de M. Rémillard ne réduisent pas les crédits affectés à l'enseignement secondaire, et ainsi de suite, dans la province de Québec.

N'ayant pas été entièrement rassuré à ce sujet par le secrétaire d'État, je vous demande maintenant de me donner cette assurance.⁸⁴

⁸² *Id.*, p. 1 : 37.

⁸³ *Id.*, p. 1 : 68 et 69.

⁸⁴ *Id.*, p. 1 : 69. Les doutes qui traversent continuellement l'esprit de Wood sont aussi partagés par d'autres parlementaires, comme Warren Allmand. C'est qu'ils se rappellent que Lucien Bouchard a appuyé le projet d'indépendance de René Lévesque lors du référendum de mai 1980. Le quotidien *The Gazette* mentionne

Hnatyshyn ne semble alors pas trop savoir ce qu'il pourrait ajouter à ce que son collègue Bouchard vient tout juste d'affirmer devant les membres du comité sénatorial. Il se dit confiant : « Je sais que tous les Canadiens reconnaissent l'importance de protéger les droits de la minorité, indépendamment du lieu où elle se trouve au Canada. » Quoi dire de plus ? Hnatyshyn ne peut qu'inviter la présidente du comité à scruter les gestes du secrétaire d'État du Canada et exiger qu'il rende des comptes :

Je suis sûr, tout comme vous et vos collègues qui suivez de près le processus, que le secrétaire d'État, ses héritiers et ses successeurs dans sa charge rendront pleinement compte de leur gestion. Je suis sûr que dans l'exercice de vos fonctions de membres du Sénat du Canada, vous veillerez à ce qu'il soit pleinement tenu compte des intérêts de vos commettants.⁸⁵

En définitive, les membres du Comité votent en faveur du projet de loi. Aucune modification n'y est apportée. Un rapport est envoyé à la Chambre.

Le lendemain matin, 21 juillet 1988, *Le Devoir* retient des travaux de la veille que « Lucien Bouchard se battra contre Québec s'il le faut »⁸⁶. *The Gazette* souligne sobrement que le secrétaire d'État du Canada a confirmé qu'il n'y avait pas d'asymétrie entre les droits des minorités françaises et ceux des Anglo-Québécois⁸⁷. Retour à la normale, donc. La symétrie a gagné la guerre. On range les armes.

Le surlendemain, *Le Devoir* parle, à la une de son édition du 22 juillet, de « [l]a sortie belliqueuse de Bouchard à propos de C-72 »⁸⁸. Au journaliste Gilles Lesage, Rémillard plaide bizarrement que Bouchard n'a pas contredit devant le comité sénatorial les garanties qu'il lui avait données en juin dernier. Le fédéral favorise toujours les ententes avec Québec, souligne

aussi ce fait lorsqu'il revient sur l'échange Rémillard-Bouchard. L'ancien souverainiste Bouchard est donc toujours suspecté de souhaiter l'asymétrie afin de laisser davantage de marge de manœuvre au Québec en matière linguistique. Ce que Wood et Allmand, les défenseurs des intérêts des Anglo-Québécois, redoutent. Ce que Jean-Robert Gauthier et Louis Robichaud, qui se portent à la défense des minorités françaises, craignent également : une asymétrie favorable au Québec (en faveur du français) est susceptible par ricochet de justifier une intervention plus molle du fédéral en faveur du français hors Québec.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ PRESSE CANADIENNE, « Lucien Bouchard se battra contre Québec s'il le faut », *Le Devoir*, 21 juillet 1988, p. 3.

⁸⁷ THE GAZETTE, « PCs won't upset French dominance with bill : Bouchard », *The Gazette*, Montréal, 21 juillet 1988, p. B1.

⁸⁸ Gilles LESAGE, « Rémillard absout, mais le PQ parle d'ingérence », *Le Devoir*, 22 juillet 1988, p. 1.

Rémillard. C'est « la reconnaissance dans les faits de l'asymétrie du fédéralisme canadien », dit-il, « sinon, une seule entente serait valable pour l'ensemble des provinces et du pays »⁸⁹.

Lesage met l'opinion de Rémillard en contraste avec ce que tous les observateurs ont retenu du passage de Bouchard devant le comité : « Selon les dépêches, M. Bouchard aurait dit que le Québec ne saurait s'esquiver et que la loi C-72 devrait s'y appliquer comme ailleurs. Le ministre fédéral rejette tout droit de veto, recherchant au contraire une uniformité totale des principes et de la mise en œuvre de la loi. »⁹⁰

Le 23 juillet, Gilles Lesage signe l'éditorial du *Devoir*. Celui-ci croit, tentant par-là d'expliquer la réaction complaisante de Rémillard aux propos tenus par Bouchard devant le comité sénatorial, que le gouvernement Bourassa tente d'épargner la clause de société distincte de l'accord du lac Meech auprès de l'opinion publique québécoise. Car si cette clause ne permet pas l'asymétrie dans le dossier du projet de loi C-72, à quoi peut-elle bien servir ? Lesage retient que C-72 confirme la symétrie, au grand désespoir de la défense du français au Québec :

Mercredi, faisant preuve d'orthodoxie fédérale, M. Bouchard exprime sa foi profonde dans les termes et objectifs du C-72. Converti à la société dualiste et soucieux d'égalité linguistique, il vise à l'épanouissement des communautés francophones et anglophones, où qu'elles se trouvent au Canada. La promotion des langues officielles s'étend à l'ensemble de la société canadienne, donc au Québec. Pour les communautés linguistiques minoritaires (dont les anglophones québécois) cela va entraîner le renforcement ferme, résolu, constant de leurs institutions assure l'extendant du OUI [Bouchard, lors du référendum de 1980]. La loi 101 ? Connais pas.

M. Bouchard aurait même, s'appuyant sur l'uniformité des principes et de l'application de la loi, menacé de procéder unilatéralement si Québec tente de se soustraire à la loi. *Horresco referens*. Il y a de ces allusions qui donnent froid dans le dos. Sauf à M. Rémillard, qui n'y voit que du feu, ou tout comme : une question de sémantique ! Vraiment ?⁹¹

Le 26 juillet, la sénatrice Dalia Wood prend la parole devant la Chambre haute. Elle souhaite que C-72 puisse donner un nouvel élan symétrique à la politique linguistique canadienne : « Le projet de loi contrebalancera peut-être même les mesures législatives provinciales sur le

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ Gilles LESAGE, « Plus que des mots », *Le Devoir*, 23 juillet 1988, p. A-8.

plan des droits linguistiques des Canadiens. J'espère que ce sera effectivement le cas. »⁹² Wood demeure toutefois craintive. C'est toujours l'échange Rémillard-Bouchard de juin 1988 qui la tracasse : « En dépit de ces mesures de protection et d'autres prévues, j'ai tout de même certaines réserves [ou "doutes"] au sujet de la détermination du gouvernement à appliquer aussi pleinement dans le cas du Québec qu'ailleurs au Canada les dispositions prévues dans ce projet de loi. »⁹³

Wood revient sur le témoignage de Lucien Bouchard devant le comité sénatorial : « Quand il a comparu devant le comité spécial, M. Bouchard nous a assurés que la loi s'appliquerait au Québec aussi bien que partout dans le pays. »⁹⁴ Elle mentionne aussi que le secrétaire d'État pourrait agir unilatéralement en territoire québécois afin de soutenir la langue anglaise, comme il pourrait le faire ailleurs au Canada en faveur du français. Elle cite des passages du témoignage de Bouchard à cet effet.

Les doutes de Wood sont toutefois persistants. Elle sait que la politique linguistique canadienne est rédigée en termes symétriques. Elle appuie donc C-72. Ses doutes sont davantage rattachés à la personne de Lucien Bouchard : « Bien que la comparution de M. Bouchard devant le comité spécial n'ait pas totalement apaisé mes craintes quant à sa volonté de tenir tête à M. Rémillard, ces doutes tiennent moins au projet de loi qu'à sa mise en œuvre. » Elle invite ses collègues à rester vigilant : « Grâce à la protection offerte par le projet de loi C-72 et au travail continu du comité mixte des langues officielles, nous pourrions surveiller de près le secrétaire d'État, M. Bouchard, et la façon dont il appliquera le projet de loi C-72 dans tout le Canada. »⁹⁵

Le Sénat vote en faveur du projet de loi le 27 juillet 1988. Identique à celui voté précédemment aux Communes, il est sanctionné le lendemain, 28 juillet.

- Le réveil brutal

⁹² DÉBATS DU SÉNAT, 33^e légis., 2^e sess., vol. 4, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1988, p. 4118 et 4119.

⁹³ *Id.*, p. 4119. Dans la version originale en anglais de son discours, Wood dit : « *I still have a number of doubts about the determination of this government to apply the measures provided for by the bill as fully in the province of Quebec as in the rest of the country* » (soulignement ajouté). Elle n'a donc pas des « réserves », comme le laisse entendre le traducteur, mais des « doutes ».

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ *Id.*, p. 4120.

Du début à la fin, le quatrième événement construisant l'intention législative sur les langues officielles témoigne d'une intention symétrique. Et les théories de la conception de la politique linguistique canadienne rendent le dénouement de la controverse provoquée par l'échange Rémillard-Bouchard prévisible. Bouchard ne pouvait que se rallier aux postulats du mythe de l'égalité. S'il tenait à son poste de ministre, sa marge de manœuvre était inexistante. Au Canada, sur cette question, c'est « crois ou meurs ».

Dans des mémoires publiés au début des années 1990, Lucien Bouchard explique que la controverse de juin 1988 était en quelque sorte inévitable. Dès sa nomination au secrétariat d'État, une collision devait éventuellement survenir au sujet des langues officielles, selon lui. Il accepte le poste que lui propose le premier ministre Mulroney en mars 1988, mais s'explique mal après coup qu'on ait voulu le placer dans cette situation :

Je conclus, en y repensant plus tard, que, pour un ancien négociateur professionnel, j'avais bien mal joué mes cartes. Je pensai aussi que ma candeur était plus pardonnable que la légèreté de mes mentors, qui choisirent de confier à un nationaliste de ma sensibilité la responsabilité des langues officielles, de la remise des décorations de l'Ordre du Canada, des visites de la famille royale et de l'organisation de la Fête du 1er juillet.⁹⁶

Quoi qu'il en soit, l'apprentissage du mythe qui soutient la politique linguistique canadienne ne se fait pas sans douleur. D'abord, Bouchard appuie C-72. Il croit alors, dit-il dans ses mémoires, contribuer à l'avancement des droits du français au Canada. Critiqué par Rémillard, Jacques Parizeau (chef de l'opposition officielle formée par le Parti québécois à l'Assemblée nationale), le mouvement syndical au Québec et le Conseil de la langue française, Bouchard répond immédiatement par une position conciliante afin de rassurer ses partenaires québécois. Il le fait, laisse-t-il entendre, parce qu'il croit se ranger du côté du gros bon sens. C'était toutefois sans voir venir la réplique du Canada anglais, notamment par l'entremise du quotidien *The Gazette*.

De cette séquence, Bouchard retient que « [l]e réveil fut brutal ». Il décide de plier. Il se range derrière le mythe de l'égalité. Il le fait pour sauver ce qu'il considère un plus grand bien pour le Québec : l'accord du lac Meech. Or, on le sait, cet accord s'effondre deux ans plus tard. Ne reste plus que la position renforcée de la symétrie linguistique grâce à C-72. Pour

⁹⁶ Lucien BOUCHARD, *À visage découvert*, Montréal, Boréal, 1992, p. 250.

Bouchard, il y a un « avant » et un « après » 1988 : « Personne ne pouvait sortir gagnant de cette affaire qu'on me colla sur les bras, sitôt après que j'embarquai dans la politique. À tout le moins pris-je la résolution de ne livrer dorénavant que les combats de mon choix et dans le camp de mes convictions. »⁹⁷

Bref, le quatrième événement témoigne d'une intention législative empreinte d'une cohérence à toute épreuve. Même les dissidents sont forcés de publiquement s'y ranger. Dans les années qui suivent, la Cour suprême du Canada rend quatre décisions d'importance en matière de droits linguistiques. L'une d'elles ouvre à nouveau la porte à une interprétation asymétrique. Comment l'expliquer ? Le professeur de droit Michael Mandel dirait que le contexte politique du tournant des années 1990 s'y prête toujours : il y a urgence, peut-être plus que jamais, d'illustrer que Québec peut trouver un espace intéressant pour manœuvrer à l'intérieur du régime fédéral canadien. Mais est-ce seulement pour sauver les apparences ?

b) Une prise en compte des contextes provinciaux, mais une opposition dans la francophonie

Dans les premières années qui suivent le quatrième événement construisant l'intention législative sur les langues officielles, la Cour suprême du Canada rend quatre arrêts d'importance en matière de droits linguistiques. Les trois premiers, rendus dans les affaires *Mahé* et *Sinclair* et dans le *Renvoi manitobain* de 1992, n'ont aucune prétention à l'interprétation asymétrique. Même que la francophonie canadienne se divise dans l'affaire *Mahé* et dans le *Renvoi* de 1992. Le quatrième, rendu dans le *Renvoi manitobain sur les droits scolaires* de 1993, offre quant à lui un nouvel ingrédient. Ouvre-t-il une porte à l'interprétation asymétrique ? En fait, il dit tout et rien.

- Les ingrédients de la discorde

L'affaire *Mahé* est abondamment traitée dans l'introduction générale de la présente thèse⁹⁸. Elle oppose des membres de la communauté francophone d'Edmonton au gouvernement de l'Alberta qui, lui, ne souhaite pas créer de nouvelles structures permettant aux francophones de gérer leurs écoles. La Cour suprême pose la question : le droit à l'instruction dans la langue de la minorité, qui comprend le droit à « des établissements d'enseignement de la minorité

⁹⁷ *Id.*, p. 267.

⁹⁸ *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342.

linguistique », inclut-il le droit de gestion et de contrôle des écoles ? Elle répond, on s'en souvient, par l'affirmative.

Cette affaire expose une nouvelle fracture dans la francophonie canadienne ; le quatrième épisode après les affrontements vécus dans les affaires *Blaikie* (1979 et 1981) et *MacDonald* (1986). Le procureur général du Québec intervient pour s'opposer à la position défendue par les membres de la communauté francophone d'Edmonton. Il craint qu'une interprétation de la *Charte canadienne* qui leur serait favorable le soit aussi en retour au bénéfice des institutions de la communauté anglo-québécoise, limitant en conséquence la compétence exclusive du Québec en matière d'éducation. Dans son jugement, la Cour suprême confirme à trois reprises que le procureur général du Québec avait juridiquement raison de se méfier.

D'abord, elle propose une interprétation large du droit prévu dans la *Charte canadienne* en le raccrochant notamment à l'importance indéniable qu'a la langue pour un individu et une communauté. La Cour suprême fait ce constat en se fondant explicitement sur des passages de l'arrêt *Ford* qui l'ont mené à déclarer que la loi 101 était contraire à son interprétation des droits fondamentaux enchâssés dans la Constitution du pays. Pire, elle se cite en disant que la loi 101 nie aux Anglo-Québécois ce que l'Assemblée nationale reconnaît pourtant comme étant fondamental pour l'identité du Québec. Voici ce qu'elle écrit dans l'arrêt *Mahé* :

L'importance culturelle du langage a été reconnue par notre Cour dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, aux pp. 748 et 749 :

Le langage n'est pas seulement un moyen ou un mode d'expression. Il colore le contenu et le sens de l'expression. Comme le dit le préambule de la *Charte de la langue française* elle-même, *c'est aussi pour un peuple un moyen d'exprimer son identité culturelle.*⁹⁹

La Cour suprême fait ainsi un parallèle entre la situation des francophones de l'Alberta, au cœur du litige dans l'affaire *Mahé*, et celle des Anglo-Québécois, qui occupait l'attention du plus haut tribunal dans ces passages de l'arrêt *Ford*.

Ensuite, parlant de l'objet du droit à l'instruction dans la langue de la minorité, la Cour suprême rappelle qu'il doit jouer un rôle réparateur pour les minorités officielles. Elle cite alors un long passage de son arrêt *Quebec Protestant School Boards* où elle juge que le

⁹⁹ *Id.*, 362.

constituant a voulu rédiger des mesures « uniformes » pour remédier aux injustices passées, comme le Règlement 17 (en Ontario) et la loi 101. Le plus haut tribunal met ainsi sur le même pied l'Ontario (qui a prohibé l'enseignement en français sur son territoire) et le Québec (qui encadre l'accès à l'école de langue anglaise) :

Le caractère réparateur de l'art. 23 a été reconnu d'une façon non équivoque par notre Cour dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Québec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, à la p. 79 :

L'article 23 de la Charte [canadienne] constitue, dans sa spécificité, un ensemble unique de dispositions constitutionnelles, tout à fait particulier au Canada.

Cet ensemble de dispositions, le législateur constituant ne l'a pas édicté dans l'abstrait. Quand il l'a adopté, il connaissait et il avait évidemment à l'esprit le régime juridique réservé aux minorités linguistiques anglophone et francophone relativement à la langue de l'enseignement par les diverses provinces au Canada. Il avait également à l'esprit l'histoire de ces régimes juridiques, tant l'histoire relativement ancienne comme celle du Règlement 17 qui a restreint pour un temps l'enseignement en français dans les écoles séparées de l'Ontario [...] que l'histoire relativement récente comme celle de la Loi 101 et des régimes qui l'ont précédée au Québec. À tort ou à raison, ce n'est pas aux tribunaux qu'il appartient d'en décider, le constituant a manifestement jugé déficients certains des régimes en vigueur au moment où il légiférait, et peut-être même chacun d'entre eux, et *il a voulu remédier à ce qu'il considérait comme leurs défauts par des mesures réparatrices uniformes, celles de l'art. 23 de la Charte [canadienne]*, auxquelles il conférait en même temps le caractère d'une garantie constitutionnelle.¹⁰⁰

Enfin, tout en indiquant que son travail n'est pas de légiférer à la place des provinces en leur imposant précisément le régime scolaire qu'elles doivent accorder à leur minorité linguistique, la Cour suprême élabore les principes qui doivent être respectés partout ; les mêmes, applicables à travers le Canada. D'un côté, elle dit qu'« [i]l serait irréaliste et vain d'imposer une forme précise de système d'éducation à une multitude de situations différentes qui existent dans tout le Canada », et que « la réaction des tribunaux devrait consister à décrire en termes généraux les exigences posées » par l'article 23 de la *Charte canadienne*¹⁰¹. De l'autre, elle énonce les mêmes principes pour tout le Canada, par exemple, le fait que les parents qui exerceront le droit de gestion et de contrôle des écoles de la minorité ne seront

¹⁰⁰ *Id.*, 363.

¹⁰¹ *Id.*, 376.

pas toujours, comme d'ailleurs les enfants qui fréquentent ses écoles, des membres de la minorité officielle¹⁰².

Comment croire que la francophonie canadienne n'est pas appelée à s'entredéchirer si le Québec et les minorités françaises doivent leur autonomie gouvernementale ou institutionnelle aux mêmes principes ; le premier souhaitant le moins d'entraves possible à la souveraineté de l'Assemblée nationale, les secondes en souhaitant davantage afin d'arracher des morceaux à la souveraineté des provinces pour leur propre bénéfice communautaire ? Chacun se retrouve invité à voir à ce que ces principes évoluent en fonction de leurs intérêts, en se divisant nécessairement.

Cela dit, l'opposition du Québec et des minorités françaises dans l'affaire *Mahé* n'était-elle pas inévitable ? Qu'aurait pu faire le procureur général du Québec pour mieux protéger la compétence exclusive du gouvernement québécois en matière d'éducation ? Plaider qu'il est nécessaire que les francophones hors Québec jouissent d'un droit constitutionnel à la gestion et au contrôle de leurs écoles, mais qu'il est moins nécessaire qu'il en soit de même pour l'autre minorité officielle, les Anglo-Québécois ? Le piège apparaît évident.

Dans l'arrêt *Mahé*, la reconnaissance du droit de gestion et de contrôle par les juges, un droit pourtant directement rejeté par les rédacteurs de la *Charte canadienne* lors des débats devant le *Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n'est pas en contradiction avec la stratégie voulant que le juge dissimule son pouvoir derrière l'intention législative sur les langues officielles. Pourquoi ? Rappelons-nous du *Renvoi ontarien* de 1984 (voir la sous-partie I.B] ii] b]).

Lors des plaidoiries dans l'affaire *Mahé*, l'Alberta affirme « qu'il faut interpréter l'art. 23 à la lumière des débats législatifs qui ont abouti à son adoption ». Elle veut ainsi convaincre qu'il n'y a pas lieu d'ajouter le droit de gestion et de contrôle considérant que l'intention des rédacteurs était de ne pas l'inclure. Or, le juge Dickson, qui écrit pour la Cour suprême, répond que la « pertinence » de ces débats est « minime ». Il conclut : « je ne leur donne aucun poids »¹⁰³.

¹⁰² *Id.*, 378.

¹⁰³ *Id.*, 369.

Le plus haut tribunal sent probablement qu'il dispose de suffisamment de matière pour ne pas avoir à se raccrocher en plus à l'histoire législative. Depuis le *Renvoi ontarien* de 1984, le procureur général du Canada soutient que l'article 23 de la *Charte canadienne* comprend le droit de gestion et de contrôle. On se souvient aussi de la proximité idéologique qui unit les parlementaires fédéraux et les juges de la Cour suprême du Canada (voir la sous-partie I.B]i]b])¹⁰⁴. Ajoutons l'existence du Programme fédéral de contestation judiciaire, qui, de 1984 à 1993, finance tous les litiges d'importance qui concernent les droits linguistiques de la *Charte canadienne*. Ce programme a ainsi, en choisissant les causes méritant d'être financées, influencé notablement la direction que prend la jurisprudence¹⁰⁵. La littérature juridique de l'époque semble également appuyer l'ajout du droit de gestion et de contrôle à l'article 23 de la *Charte canadienne*¹⁰⁶.

Quoi qu'il en soit, la Cour suprême sait qu'elle n'a pas à freiner ses ardeurs. Les rédacteurs de la *Charte canadienne* ont exclu le droit de gestion et de contrôle, certes, mais c'est un détail. Dans l'ensemble, l'intention législative lue conformément aux théories de la conception de la politique linguistique canadienne l'invite à trancher comme elle l'a fait : l'article 23 donne aux minorités françaises les droits qu'exercent les Anglo-Québécois, ce qui implique le droit de gestion et de contrôle des écoles.

La Cour suprême pouvait contredire les rédacteurs de la *Charte canadienne* sur un détail. La fidélité au postulat des théories de la conception de la politique linguistique mettait son pouvoir à l'abri de toute remise en question. Et pour plus de certitude, le juge Dickson justifie l'ajout du droit de gestion et de contrôle à l'aide de quelques considérations historiques : « En outre, comme l'indique le contexte historique dans lequel l'art. 23 a été adopté, les minorités linguistiques ne peuvent pas être toujours certaines que la majorité tiendra compte de toutes

¹⁰⁴ C. Michael MACMILLAN et Raymond TATALOVICH, « Judicial Activism vs. Restraint : The Role of the Highest Courts in Official Language Policy in Canada and the United States », (2003) 33 *American Review of Canadian Studies* 239, 245.

¹⁰⁵ *Id.* Voir aussi : Marc CHEVRIER et David SANSCHAGRIN, « Le juge superlégislateur au Canada ou la politique par soustraction », dans Geoffrey GRANDJEAN et Jonathan WILDEMEERSCH (dir.), *Les juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 95, à la page 109.

¹⁰⁶ Joseph Eliot MAGNET, *Constitutional Law of Canada. Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd Ed., vol. 2, Toronto, Carswell, 1985, p. 1501; Daniel PROULX, « La précarité des droits linguistiques scolaires ou les singulières difficultés de mise en œuvre de l'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés », (1983) 14 *R.G.D.* 335, 349.

leurs préoccupations linguistiques et culturelles.»¹⁰⁷ Le procureur général du Québec a juridiquement vu juste lorsqu'il a pris position dans cette affaire.

L'année suivante, la Cour suprême accepte de revoir le dossier du bilinguisme au Manitoba. Pendant qu'un siècle de lois manitobaines unilingues anglaises était en voie d'obtenir une traduction française, un litige est survenu entre le gouvernement du Manitoba et la Société franco-manitobaine au sujet de la portée de l'obligation de bilinguisme législatif. Le premier souhaite en faire le moins possible. La seconde plaide en faveur d'une obligation constitutionnelle élargie. Le procureur général du Québec intervient, non pas pour appuyer la Société franco-manitobaine, mais au contraire pour que le Manitoba conserve une plus grande marge de manœuvre. La francophonie canadienne se divise une cinquième fois devant le plus haut tribunal¹⁰⁸.

Dans le *Renvoi manitobain* publié en 1992, la Cour suprême confirme que l'article 133 de la L.C. 1867, applicable au Québec, et l'obligation constitutionnelle de bilinguisme législatif et judiciaire qui vise le Manitoba «sont virtuellement identiques»¹⁰⁹. L'égalité Québec-Manitoba est ainsi réactualisée, comme à ses plus belles heures. Le plus haut tribunal avoue également qu'il voudra toujours accroître son pouvoir en étendant la portée des moyens que lui donne la Constitution pour contrôler la validité des lois des provinces : «Il serait sage pour les assemblées législatives, en cas de doute, de trancher en faveur du droit prévu par la Constitution.»¹¹⁰ Doivent dorénavant être bilingues les décrets gouvernementaux qui sont de nature législative et les documents que les législateurs incorporent par renvoi dans les lois de la province. Le Manitoba voit sa marge de manœuvre limitée par ces nouvelles obligations constitutionnelles. Le Québec également, par effet de symétrie. La Cour suprême confirme

¹⁰⁷ *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, 372.

¹⁰⁸ Si on ne tient compte que des affaires portées par le Québec ou la francophonie minoritaire devant la Cour suprême pour établir le décompte des fois où l'un et l'autre s'y sont présentés divisés, alors il faut omettre d'ajouter le *Renvoi manitobain* de 1992 à cette liste : voir Éric POIRIER, « Note critique », Frédéric Bérard, *Charte canadienne et droits linguistiques : pour en finir avec les mythes*, (octobre 2017) *L'Action nationale* 76. Car un renvoi est par définition portée par un gouvernement, fédéral ou provincial, qui se réserve la possibilité de poser une question à sa plus haute cour. Le *Renvoi manitobain* de 1992 doit par contre être ajouté au décompte si on considère que les renvois manitobains de 1985 et 1992, portés par le gouvernement fédéral, cherchaient à donner une voix judiciaire aux revendications de la Société franco-manitobaine. C'est ce qu'on fait en l'espèce.

¹⁰⁹ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212, 220.

¹¹⁰ *Id.*, 225.

le bien-fondé de la crainte qu'exprimait en fait l'intervention du procureur général du Québec.

Ce *Renvoi manitobain* est publié en 1992. Les auditions ont lieu l'année précédente, le 8 octobre 1991. Le 9 octobre 1991, donc le lendemain, la Cour suprême entend les parties dans l'affaire *Sinclair*, une affaire qui porte sur des questions de bilinguisme législatif applicable non pas au Manitoba, mais au Québec¹¹¹. Dans les circonstances, la nature de l'intervention du procureur général du Québec dans le *Renvoi manitobain* de 1992 se comprend encore davantage.

L'affaire *Sinclair* débute lorsque des citoyens de l'ancienne Ville de Noranda décident de saisir les tribunaux pour contester la fusion des villes de Rouyn et de Noranda décrétée par le gouvernement du Québec. Le processus de fusion était régi par une loi décrivant chaque étape devant mener à la création de la Ville de Rouyn-Noranda. Cette loi avait été adoptée en français et en anglais, mais chacun des actes du gouvernement québécois menant par la suite à la fusion avait été publié uniquement en français (différents décrets et avis relatifs aux élections devant se dérouler dans les municipalités de Rouyn et de Noranda, relatifs aussi au projet d'entente entre les deux villes et à la délivrance de lettres patentes confirmant la fusion). Les citoyens de l'ancienne Ville de Noranda font valoir, au soutien de leur position, un argument fondé sur des droits linguistiques.

Dans l'arrêt *Sinclair*, publié en 1992 (un mois après le *Renvoi manitobain* de la même année), la Cour suprême confirme que des décrets et documents incorporés par renvoi dans les lois québécoises sont, dépendamment du lien existant entre l'Assemblée nationale et le texte, assujettis à l'article 133 de la L.C. 1867. « Comme nous l'avons dit au gouvernement du Manitoba, si l'effet net d'une série d'actes distincts est de nature législative, alors chacun de ces actes sera également imprégné de la même nature. »¹¹² C'est l'égalité Québec-Manitoba. La Cour suprême confirme la difficulté qu'aurait eue le procureur général du Québec à plaider l'interprétation large le 8 octobre 1991 pour venir en aide aux Franco-Manitobains (pour accroître les droits du français au Manitoba), et plaider l'interprétation restrictive de l'article 133 le lendemain, 9 octobre 1991, pour épargner la souveraineté de l'Assemblée

¹¹¹ *Sinclair c. Québec (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 579.

¹¹² *Id.*, 588.

nationale. La création de la Ville de Rouyn-Noranda est déclarée inconstitutionnelle, mais le plus haut tribunal décide de suspendre l'effet de sa décision durant une année pour donner la chance à Québec de tout traduire en anglais.

Bref, ces trois premiers arrêts sont catégoriquement fidèles à une conception symétrique des droits linguistiques. Mais en 1993, une phrase dans un nouveau renvoi traitant encore du Manitoba rouvre le débat sur l'interprétation asymétrique. C'est le retour du mirage de la société distincte.

- Une porte qui ne s'ouvre sur rien

Le *Renvoi manitobain sur les droits scolaires* (1993) naît d'un litige entre des parents franco-manitobains et le gouvernement du Manitoba au sujet du contrôle des écoles par la minorité linguistique, semblablement à ce qui animait le différend dans l'affaire *Mahé* quelques années plus tôt en Alberta. Mais plutôt que d'éviter le plus possible le débat, le Manitoba décide cette fois de jouer le jeu. La province procède par renvoi et saisit sa Cour d'appel pour élargir les questions. C'est par cette voie que l'affaire monte finalement jusqu'en Cour suprême du Canada.

Le plus haut tribunal répond de façon prévisible, considérant la jurisprudence qu'il a sous les yeux. L'article 23 de la *Charte canadienne*, confirme-t-il, donne droit, selon les circonstances, à des écoles distinctes de celles de la majorité linguistique. De plus, considérant l'existence d'un droit de gestion et de contrôle, rappelle la Cour suprême, les Franco-Manitobains ont droit à leur propre conseil scolaire (ils sont suffisamment nombreux), « sans retard »¹¹³.

Enfin, la loi scolaire manitobaine est déclarée ne pas respecter la *Charte canadienne*. Le Manitoba doit donc refaire ses devoirs en fonction des grands principes qui doivent guider son action, comme celle de toutes les provinces. La Cour suprême répète qu'elle n'est pas là pour adopter une loi à sa place : « Toutefois, notre Cour devrait se garder de décrire précisément le genre de texte législatif que le gouvernement du Manitoba *doit* adopter pour satisfaire à ses obligations constitutionnelles »¹¹⁴.

¹¹³ *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839, 856.

¹¹⁴ *Id.*, 860.

Pour arriver à ces conclusions, le juge Lamer, qui écrit pour la Cour, dévoile des « principes généraux d'interprétation ». Ils sont au nombre de quatre. « Premièrement », le droit à l'instruction dans la langue de la minorité doit être interprété « en fonction de ce qui favorisera le mieux l'épanouissement et la préservation » de la minorité officielle¹¹⁵. « Deuxièmement », il doit l'être « d'une façon réparatrice, compte tenu des injustices passées »¹¹⁶. Et le juge Lamer complète ce deuxième principe en ajoutant ceci, dans une phrase qui retiendra beaucoup l'attention :

*Il faut noter en passant, comme l'a indiqué notre Cour dans l'arrêt Ford c. Québec (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 712, aux pp. 777 et 778, que l'accent mis sur le contexte historique de la langue et de la culture indique qu'il peut bien être nécessaire d'adopter des méthodes d'interprétation différentes dans divers ressorts qui tiennent compte de la dynamique linguistique particulière à chaque province.*¹¹⁷

« Un autre principe important », un troisième, toujours selon Lamer, c'est qu'il existe une différence fondamentale entre les droits linguistiques et les autres droits protégés par la *Charte canadienne*, ces derniers étant plus féconds. Il cite alors des passages de la trilogie de 1986, où le juge Beetz disait que les droits linguistiques « sont fondés sur un compromis politique », et non sur des principes, et que les tribunaux doivent les interpréter avec hésitation, retenue et prudence¹¹⁸. « Enfin », à titre de quatrième « principe général d'interprétation », Lamer rappelle de l'article 23 « ne confère pas un droit à un régime législatif particulier, mais un droit à un certain type de système d'éducation »¹¹⁹. C'est sa façon d'annoncer ce qui vient : il n'entend pas écrire la loi scolaire à la place du Manitoba.

Le passage selon lequel « il peut bien être nécessaire d'adopter des méthodes d'interprétation différentes dans divers ressorts » du juge Lamer confirme que l'interprétation asymétrique est possible. N'est-ce pas évident ? Alors, la francophonie canadienne peut-elle avoir trouvé l'ingrédient permettant sa réconciliation ? À ce jour, plusieurs éléments conduisent à penser que ce passage n'a pas la profondeur pour s'acquitter de cette tâche.

¹¹⁵ *Id.*, 850.

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ *Id.*, 851. Dans la version anglaise : « *In passing, one should note [...] that different interpretative approaches may well have to be taken in different jurisdictions, sensitive to the unique blend of linguistic dynamics that have developed in each province.* »

¹¹⁸ *Id.*, 851 et 852.

¹¹⁹ *Id.*, 852.

D'abord, il a tout d'un *obiter dictum*. Il s'agit d'un sous-point du deuxième « principe général d'interprétation » divulgué par Lamer. Annoncer qu'« il peut bien être nécessaire » n'a absolument rien de contraignant, surtout que la phrase en question débute par « Il faut noter en passant ».

Ensuite, la porte ouverte à l'asymétrie est fondée sur l'arrêt *Ford*, plus précisément les deux pages où la Cour suprême cherche à déterminer si la loi 101, jugée contraire à la liberté d'expression protégée par les chartes des droits, peut néanmoins se justifier « dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Cette porte ouverte soulève donc pour le Québec les difficultés mentionnées plus tôt (voir la sous-partie I.B]ii]b]). L'asymétrie devient possible lorsque le débat s'ouvre à l'étape de l'article premier de la *Charte canadienne*, après que la loi 101 a été jugée contraire aux droits et libertés protégés par la Constitution du pays. Pour qu'il y ait réconciliation de la francophonie canadienne, il faudrait que Québec reconnaisse d'abord que sa loi viole la Charte, pour ensuite tout donner pour tenter de la sauver d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Cette voie est périlleuse, car, on s'en souvient, l'article premier de la *Charte canadienne* n'a jamais su à ce jour sauver la loi 101 d'une déclaration d'inconstitutionnalité par le plus haut tribunal du pays.

Pour finir, Lamer ouvre la porte dans un arrêt qui n'a rien d'asymétrique. Autrement dit, il « not[e] en passant [...] qu'il peut bien être nécessaire », mais jamais cette remarque ne porte à conséquence dans ses conclusions¹²⁰. C'est donc tout et rien : Lamer ouvre la porte, ce qui est beaucoup, mais ne l'emprunte pas et ne laisse pas entendre qu'il souhaite l'emprunter. Le fait qu'il ne démontre pas en quoi l'asymétrie peut être compatible avec les théories de la conception de la politique linguistique canadienne laisse présager du pire. Peut-être Lamer a-t-il immédiatement fermé la porte, pour ne plus l'ouvrir.

Mais s'il pouvait quand même y avoir espoir d'une réconciliation grâce à cette phrase prononcée par Lamer, trois nouvelles décisions rendues à la fin des années 1990 viendraient refroidir tout le monde. Il s'agit d'un retour à la case départ.

¹²⁰ Un auteur croit même à des conséquences symétriques : « Le Québec doit aussi réformer son régime d'éducation pour répondre aux exigences du *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*. » (Serge DUPUIS, *Deux poids deux langues : brève histoire de la dualité linguistique au Canada*, Québec, Septentrion, 2019, p. 182)

ii) La promesse brisée et l'inévitable intention législative sur les langues officielles

Le Cour suprême du pays met fin à ses hésitations non pas dans une seule décision, mais dans trois, publiées de 1998 à 2000. Une « nouvelle trilogie » donne ainsi le ton (a). Les tribunaux poursuivent ensuite dans cette voie, ce qui n'est pas sans provoquer des divisions dans la francophonie canadienne (b).

a) La réaffirmation de l'interprétation symétrique de 1998 à 2000

À la fin des années 1990, la Cour suprême du Canada publie coup sur coup trois décisions qui mettent fin à toute ambiguïté, si ambiguïté il y avait. Les gains du Québec dans l'arrêt *MacDonald* (1986) sont mis à la poubelle (dans cette affaire, les acteurs québécois de la justice se voyaient reconnaître le droit d'utiliser uniquement le français sans égard à la liberté de choix des justiciables d'utiliser le français ou l'anglais). Du moins, rien n'indique qu'ils survivent légalement à cette séquence. Surtout, le mirage de l'asymétrie apparu dans l'arrêt *Ford* (1988) et le *Renvoi manitobain sur les droits scolaires* de 1993 se dissipe complètement. On s'en doutait : l'asymétrie est contraire aux théories de la conception de la politique linguistique canadienne. Les juges tiennent toujours à cette stratégie.

La première de ses trois décisions, rendue en 1998 dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, est un avis qui ne porte pas principalement sur les droits linguistiques, mais qui est absolument incontournable dans l'étude de la position du plus haut tribunal dans le dossier des langues officielles¹²¹. Il prépare le retour de l'interprétation large des droits linguistiques. La deuxième décision, publiée l'année suivante dans l'affaire *Beaulac*, en 1999, propose une « théorie générale des droits linguistiques »¹²². Elle officialise ce que le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* annonce : l'interprétation large des droits linguistiques, délaissée, on s'en souvient, à l'occasion de la trilogie de 1986, fait un retour triomphal dans le paysage canadien. La troisième, rendue en 2000 dans l'affaire *Arsenault-Cameron*, applique

¹²¹ Stéphanie CHOUINARD, *La question de l'autonomie des francophones hors Québec : Trois décennies d'activisme judiciaire en matière de droits linguistiques au Canada*, thèse de doctorat, Université d'Ottawa, Faculté des Sciences sociales, École d'études politiques, 2016, p. 168 ; Michel DOUCET, Michel BASTARACHE et Martin RIOUX, « Les droits linguistiques : fondements et interprétation », dans Michel BASTARACHE et Michel DOUCET (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013, p. 1, à la page 62.

¹²² Stéphanie CHOUINARD, *La question de l'autonomie des francophones hors Québec : Trois décennies d'activisme judiciaire en matière de droits linguistiques au Canada*, thèse de doctorat, Université d'Ottawa, Faculté des Sciences sociales, École d'études politiques, 2016, p. 155.

l'interprétation large dans un litige portant sur le droit à l'instruction dans la langue de la minorité, le premier du genre depuis le *Renvoi manitobain sur les droits scolaires* de 1993.

Les années 1998, 1999 et 2000 : quelques auteurs parlent d'elles comme d'une « nouvelle trilogie » ; du moins d'une réponse, plus d'une décennie plus tard, à la trilogie publiée en 1986¹²³. Le propos est toutefois cette fois-ci beaucoup plus englobant. En 1986, la Cour suprême du Canada se saisissait de trois questions portant sur le bilinguisme judiciaire. À la fin des années 1990, elle se prononce sur l'existence d'un principe constitutionnel non écrit soutenant la protection des minorités officielles, sur l'interprétation de droits linguistiques non constitutionnels applicables au Québec et dans le reste du Canada, et sur l'interprétation de droits linguistiques prévus dans la *Charte canadienne*. Et plus fondamentalement, la Cour suprême brise tout espoir de voir l'interprétation asymétrique émergée comme lieu de réconciliation de la francophonie canadienne.

- L'interprétation sera large et elle se fera dans la symétrie

Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* de 1998 est un avis de la Cour suprême qui statue sur la légalité qu'aurait, en droit canadien et en droit international, une déclaration unilatérale d'indépendance du Québec¹²⁴. Il s'inscrit dans la série de gestes que pose le gouvernement fédéral dans la foulée de la quasi-victoire du OUI au référendum de 1995. On se souvient que le Parti québécois reprend le pouvoir en 1994, que le gouvernement qu'il dirige organise l'année suivante un second référendum portant sur l'indépendance du Québec, et que celui-ci se joue à quelques milliers de voix ; 49,42 % des Québécois appuient le projet, 50,58 % le rejettent. Le gouvernement fédéral cherche maintenant à « éclaircir » les règles du jeu.

En l'espèce, l'avis de la Cour suprême se résume en deux temps.

Premièrement, le plus haut tribunal fait face aux objections préliminaires qui lui sont présentées. L'*amicus curiae*, qui représente le gouvernement du Québec (celui-ci ayant refusé de participer aux débats), plaide que la Cour suprême doit refuser de répondre aux questions que lui pose le gouvernement fédéral. Pourquoi ? Parce que la L.C. 1867 donne au

¹²³ Michel DOUCET, Michel BASTARACHE et Martin RIOUX, « Les droits linguistiques : fondements et interprétation », dans Michel BASTARACHE et Michel DOUCET (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 1, à la page 62.

¹²⁴ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

fédéral le pouvoir de créer une « cour générale d'*appel* » (italiques ajoutés) (art. 101). Or, la Cour suprême est invitée à agir en première instance sur les questions touchant à une éventuelle indépendance du Québec. D'autre part, parce que ces questions seraient politiques, ambiguës, imprécises et que le plus haut tribunal ne disposerait pas suffisamment d'informations pour y répondre adéquatement.

Sans surprise, la Cour suprême répond à ces objections préliminaires de façon à accroître son pouvoir. Oui, répond-elle, la L.C. 1867 lui permet de rendre des avis consultatifs, en première instance, car l'expression « cour générale d'*appel* » réfère à son rang dans la hiérarchie des tribunaux canadiens, et non à l'obligation de toujours agir en appel d'un tribunal inférieur. Et non, ajoute-t-elle, les questions ne posent pas de problèmes puisqu'il « lui est loisible d'interpréter la question [...] ou de nuancer à la fois la question et la réponse »¹²⁵. Bref, dirait le philosophe Michel Troper, elle est libre d'agir comme elle l'entend.

Deuxièmement, le plus haut tribunal prépare le terrain du retour prochain de l'interprétation large des droits linguistiques. Pour répondre à la question de la légalité en droit canadien d'une déclaration unilatérale d'indépendance, il annonce que « quatre principes constitutionnels directeurs fondamentaux sont pertinents », des principes non écrits ou sous-jacents à l'ordre canadien, c'est-à-dire 1) le fédéralisme, 2) la démocratie, 3) le constitutionnalisme et la primauté du droit, et 4) le respect des minorités¹²⁶. Leur importance est illustrée par un plongeon dans l'histoire canadienne.

¹²⁵ *Id.*, 238 et 239.

¹²⁶ *Id.*, 240. Là aussi la Cour en profite pour accroître son pouvoir. Elle crée quatre principes constitutionnels non écrits, qu'elle place ainsi à l'abri de la possibilité pour les constituants de voir à leur modification via la formule d'amendement prévue dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. En annonçant que « cette énumération [n'est] pas exhaustive », elle se garde bien de dévoiler toutes les règles du jeu afin de demeurer totalement en contrôle à l'avenir (*id.*). Dans cette optique, la Cour demeure floue au sujet de leurs implications : ils « *peuvent, dans certaines circonstances, donner lieu à des obligations juridiques substantielles [...] qui posent des limites substantielles à l'action gouvernementale* » ; ils « *peuvent, donner naissance à des obligations très abstraites et générales, ou à des obligations plus spécifiques et précises* » (italiques ajoutés) (*id.*, 249). Avec ces principes non écrits, qui sont totalement et exclusivement sous son contrôle, elle cherche à se positionner comme seule interprète de la Constitution. Car tous les autres interprètes n'ont accès qu'au texte écrit, qui est désormais incomplet : « Une lecture superficielle de certaines dispositions spécifiques du texte de la Constitution, sans plus, pourrait induire en erreur », dit-elle (*id.*, 292).

Dès les origines de la Confédération de 1867, dit la Cour, il y a un souci pour la protection des minorités. Elle aborde ainsi les résolutions adoptées lors de la Conférence de Québec de 1864 :

Les délégués approuvent 72 résolutions, touchant presque tout ce qui formera plus tard le texte final de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Y figurent des garanties visant à protéger la langue et la culture françaises, à la fois directement (en faisant du français une langue officielle au Québec et dans l'ensemble du Canada) et indirectement (en attribuant aux provinces la compétence sur l'éducation et sur « [l]a propriété et les droits civils dans la province »). La protection des minorités est ainsi réaffirmée.¹²⁷

Deux choses doivent être notées ici. D'une part, comme le rappelle la Cour, ce qui deviendra l'article 133 de la L.C. 1867 constitue à l'époque un gain pour le français au Québec et au Canada. Car au sortir de l'*Acte d'Union*, la Confédération devait mettre fin à toute ambiguïté au sujet de la légalité de l'utilisation du français dans les institutions politiques du Québec et au palier fédéral. D'autre part, la Cour suprême fait référence aux débats qui, à leur terme, donnent au Québec la compétence exclusive sur l'éducation (à tous les niveaux d'études) et sur le droit civil, deux hauts lieux de son identité française. Analysé uniquement sous son angle favorable à la langue française, le souci canadien pour la protection des minorités, tel qu'exprimé dans l'extrait précédent portant sur les résolutions adoptées lors de la Conférence de Québec de 1864, peut être un lieu de réconciliation de la francophonie dans son ensemble. On pourrait tenter l'argument.

Mais après le plongeon dans l'histoire pour illustrer l'importance des « quatre principes constitutionnels directeurs fondamentaux », la Cour suprême examine leur application, une à une. On comprend alors que le principe de protection des minorités n'a pas qu'un volet favorable à la langue française. Ce n'était là qu'une accroche pour convaincre le Québec de son bien-fondé. Il a aussi un volet réciproquement au service de la langue anglaise, qui remonte à la surface avec les détails qu'ajoute peu à peu la Cour suprême.

Il en est ainsi parce que le principe de protection des minorités est explicitement rattaché aux négociations menant à l'adoption de la L.C. 1867, époque où les droits linguistiques sont

¹²⁷ *Id.*, 242.

sans l'ombre d'un doute élaborés pour servir la symétrie. Il en est ainsi aussi parce que la Cour suprême sait qu'il a été renforcé en 1982 :

Le souci de nos tribunaux et de nos gouvernements de protéger les minorités a été notoire ces dernières années, surtout depuis l'adoption de la Charte [canadienne]. Il ne fait aucun doute que la protection des minorités a été un des facteurs clés qui ont motivé l'adoption de la Charte [canadienne] et le processus de contrôle judiciaire constitutionnel qui en découle.¹²⁸

Or, si ce « souci [...] a été notoire ces dernières années », c'est parce que Pierre Elliott Trudeau en a fait le « facteur clé » de son projet. Et si « le processus de contrôle judiciaire constitutionnel » est ce qu'il est, c'est parce que Trudeau a décidé d'exclure les droits linguistiques du pouvoir de dérogation prévu dans la *Charte canadienne*. Les théories de la conception de la politique linguistique confirment que c'est le mythe de l'égalité qui traverse le siècle pour guider les législateurs de 1982.

Et le principe de protection des minorités a un volet réciproquement au service de la langue anglaise parce qu'il annonce le renversement de la trilogie de 1986, avec l'arrêt *MacDonald*, qui lui protège la politique linguistique québécoise en limitant la progression des entraves constitutionnelles à la souveraineté du Québec. En 1986, le juge Beetz voulait « tenir compte de la réalité québécoise » en freinant l'expansion des droits linguistiques constitutionnels¹²⁹. Pendant plus d'une décennie, il fallait donc être hésitant et prudent dans l'interprétation des droits linguistiques constitutionnels parce que ceux-ci sont fondés sur un compromis politique, et non sur des principes. En 1998, la Cour suprême prépare la mise à l'écart de cette approche. Elle change d'idée : « Il faut bien souligner toutefois que, même si ces dispositions sont le résultat de négociations et de compromis politiques, cela ne signifie pas qu'elles ne sont pas fondées sur des principes. Bien au contraire, elles sont le reflet d'un principe plus large lié à la protection des droits des minorités. »¹³⁰ L'arrêt *MacDonald* et le gain québécois qu'il représente sont désormais en danger.

En conclusion, le jeu des « quatre principes constitutionnels directeurs fondamentaux » conduit la Cour suprême à affirmer que le Québec ne dispose pas du *droit* de déclarer

¹²⁸ *Id.*, 262.

¹²⁹ Pierre FOUCHER, « Le carré redevenu cercle ? Fédéralisme, droits linguistiques et égalité dans l'interprétation de la Constitution canadienne », dans Linda CARDINAL (dir.), *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de parole, 2008, p. 269, à la page 271.

¹³⁰ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, 261 et 262.

unilatéralement son indépendance. En droit canadien, la sécession doit être négociée puisqu'elle requiert une modification à la Constitution du pays pour être légale. Pour d'autres motifs, qu'il n'est pas nécessaire d'aborder ici, la Cour suprême juge aussi que le Québec n'a pas le *droit* de quitter unilatéralement la fédération canadienne en vertu du droit international.

Cela dit, dans le contexte du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, les principes non écrits sont appelés à guider d'éventuelles négociations entre le Québec et le Canada. Dans le contexte des droits linguistiques, on sait que le principe de protection des minorités jouera un rôle puisque la Cour suprême déclare son existence en contredisant explicitement l'approche retenue dans la trilogie de 1986. Et si on sait qu'il apparaîtra au service de l'interprétation symétrique, c'est aussi parce qu'il faut lire le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* à la lumière de son incidence dans l'arrêt *Beaulac*, la seconde décision de la nouvelle trilogie¹³¹.

- L'interprétation est large et symétrique

L'affaire *Beaulac* naît du refus d'un tribunal de la Colombie-Britannique d'accorder à Jean Victor Beaulac un procès criminel en français¹³². L'accusé parlerait suffisamment anglais pour subir son procès dans cette langue. Il existerait en outre de difficultés logistiques réelles à l'organisation d'un procès bilingue en Colombie-Britannique.

L'arrêt *Beaulac* se résume en trois temps. Notons d'abord que c'est le juge Michel Bastarache qui écrit pour la Cour suprême¹³³. Le tribunal de première instance a visiblement préféré une interprétation stricte du droit à un procès criminel en français ou en anglais au Canada.

¹³¹ La prise en compte du principe non écrit du fédéralisme – en vertu duquel le Québec, comme État fédéré, se retrouve avec le pouvoir de promouvoir sa langue et sa culture sur son territoire – peut avoir une pertinence évidente dans l'interprétation des droits linguistiques. La Cour suprême l'indique dans la *Renvoi sur la sécession* à la page 252. Elle dit aussi que ce principe non écrit a « sans aucun doute une incidence sur la portée et l'application des garanties protégeant spécifiquement les droits des minorités » (*id.*, 261). Or, s'il n'est pas question du fédéralisme à ce point-ci c'est parce que la « nouvelle trilogie » sur les droits linguistiques, c'est-à-dire lorsque le *Renvoi sur la sécession* est lu avec ses suites de 1999 et de 2000, n'est pas un moment mettant de l'avant les implications du principe non écrit du fédéralisme pour les droits linguistiques, mais un moment de cette nature pour le principe non écrit de la protection des droits des minorités. Le fédéralisme revient donc plus loin, lorsqu'il sera question de l'arrêt *Solski* dans la sous-partie II.A) ii) b) et des gestes que peuvent poser la francophonie pour voir à sa réconciliation dans la sous-partie II.B) ii).

¹³² *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768.

¹³³ Six juges se rangent derrière Bastarache. Les deux autres se disent en accord avec lui sur l'interprétation qu'il donne au droit à un procès criminel en français ou en anglais au Canada, mais considèrent qu'il n'est pas opportun dans cette affaire de proposer une théorie générale des droits linguistiques.

Bastarache veut revenir à l'interprétation large. Il s'y prend habilement. Voici ce qu'il raconte, en trois temps.

Dans un premier temps, Bastarache veut démontrer que la trilogie de 1986 est un égarement dans l'histoire de l'interprétation des droits linguistiques. Il parle de l'interprétation large adoptée par la Cour suprême durant les années 1970 et jusqu'au milieu des années 1980, avec l'arrêt *Jones* en 1975, les arrêts *Blaikie* en 1979 et 1981 et le *Renvoi manitobain* de 1985. Bastarache aborde ensuite la trilogie de 1986, qui comprend l'arrêt *MacDonald*. Il illustre ainsi l'approche qui y était adoptée :

Notre Cour a statué que le droit d'employer la langue de son choix prévu à l'art. 133 [de la L.C. 1867, qui vise le Québec et le fédéral] n'impose pas d'obligation correspondante pour l'État ou un autre individu d'employer la langue ainsi choisie, autre que l'obligation de ne pas empêcher ceux qui souhaitent le faire d'exercer ces droits.¹³⁴

Enfin, Bastarache note que les arrêts qui suivent la trilogie de 1986 tendent à ramener subtilement l'interprétation large à l'avant-scène. Il cite les arrêts *Ford* et *Mahé* de 1988 et 1990, le *Renvoi manitobain* de 1992 et le *Renvoi manitobain sur les droits scolaires* de 1993.

Pour renforcer la thèse de l'égarement incarné par la trilogie de 1986, Bastarache se réfère à l'histoire législative, notamment aux débats parlementaires de 1988 lorsque la nouvelle *Loi sur les langues officielles* a été débattue. Selon lui, « l'étendue des droits linguistiques de l'accusé ne devait pas être définie de façon restrictive »¹³⁵. Il veut convaincre, il sait qu'il doit s'appuyer sur l'histoire législative.

Soulignons que Bastarache ne distingue pas le contexte québécois de celui retrouvé ailleurs au Canada lorsqu'il présente son historique judiciaire. Peu importe que la Cour suprême ait jugé relativement à une affaire provenant du Québec (*i.e.* les arrêts *Blaikie* de 1979 et 1981, les arrêts *MacDonald* et *Ford* de 1986 et 1988) ou du reste du Canada, il existe selon lui un mouvement favorable à l'interprétation large, puis restrictive, puis large à nouveau en matière de droits linguistiques. Dans les circonstances, s'il rejette l'interprétation stricte sans nuance (la trilogie de 1986), il l'écarte nécessairement sans égard au contexte ; ce qui fait avancer réciproquement les droits du français hors Québec et de l'anglais au Québec, renversant en

¹³⁴ *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, 785 et 786.

¹³⁵ *Id.*, 789 et 790.

conséquence le gain fait par l'État québécois dans l'arrêt *MacDonald*. En tout cas, rien ne permet de penser le contraire.

Dans un deuxième temps, Bastarache annonce le retour triomphal de l'interprétation large : « Les droits linguistiques doivent *dans tous les cas* être interprétés en fonction de leur objet, de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada »¹³⁶. Et puisque l'affaire *Beaulac* est relative au droit à un procès en français ou en anglais, Bastarache rejette explicitement l'arrêt de la trilogie de 1986 qui portait sur le droit d'être entendu par un juge comprenant directement l'une ou l'autre des langues sans l'entremise d'un interprète. Il écrit : « Dans la mesure où l'arrêt *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick* [...] préconise une interprétation restrictive des droits linguistiques, il doit être écarté. »¹³⁷

Bastarache arrive à cette conclusion notamment à l'aide de l'histoire législative précitée. Dans l'arrêt *Beaulac*, les juges se seraient inspirés « des signaux législatifs » envoyés par les parlementaires à l'occasion du quatrième événement construisant l'intention législative sur les langues officielles (traduction libre)¹³⁸. Dans ses motifs, Bastarache mentionne même le contexte politique :

La crainte qu'une interprétation libérale des droits linguistiques fasse que les provinces seront moins disposées à prendre part à l'expansion géographique de ces droits est incompatible avec la nécessité d'interpréter les droits linguistiques comme un outil essentiel au maintien et à la protection des collectivités de langue officielle là où ils s'appliquent.¹³⁹

On se souvient des doutes qui avaient pu gagner la Cour suprême en 1986 au sujet du meilleur moyen de protéger son pouvoir. Devait-elle étendre ce pouvoir avec une interprétation toujours plus large des droits linguistiques ? Ou était-elle au contraire plus avisée de modérer ses ardeurs avec une approche plus restrictive afin de construire une jurisprudence plus stable et plus prévisible de façon à accroître son prestige auprès des autres acteurs juridiques ?

¹³⁶ *Id.*, 791 et 792.

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ C. Michael MACMILLAN et Raymond TATALOVICH, « Judicial Activism vs. Restraint : The Role of the Highest Courts in Official Language Policy in Canada and the United States », (2003) 33 *American Review of Canadian Studies* 239, 247

¹³⁹ *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, 791 et 792.

De 1986 à 1999, le contexte change. La « crainte » rappelée par Bastarache n'est plus ce qu'elle était. En 1986, plusieurs souhaitaient encore voir l'Ontario (par exemple) adhérer aux obligations constitutionnelles de bilinguisme législatif et judiciaire prévues dans la *Charte canadienne*¹⁴⁰. En 1999, il est désormais évident que cette province n'entend pas bouger sur ce dossier, interprétation restrictive ou pas des droits linguistiques. La lutte pour le maintien de l'hôpital Montfort à Ottawa fait même déjà partie du paysage. Aussi bien revenir à l'interprétation large, pouvaient penser Bastarache et les autres.

Avec la nouvelle trilogie, entamée en 1998 avec le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême revient sur les droits linguistiques pour la première fois depuis le retour du Parti québécois au pouvoir en 1994 (la dernière était dans le *Renvoi manitobain sur les droits scolaires* de 1993). Le second référendum a été perdu en 1995, mais le Parti québécois a remporté à nouveau les élections provinciales de 1998. La thèse du professeur Michael Mandel veut que dans de telles circonstances le pouvoir judiciaire intervienne dans les affaires québécoises afin d'arracher des gains réciproques en faveur des minorités françaises, ou inversement. Il s'agit de « la nécessité idéologique, pour les partisans de la ligne fédérale en matière linguistique, d'établir les droits d'une minorité francophone à l'extérieur du Québec afin de posséder une arme contre l'unilinguisme francophone au Québec [c'est-à-dire la loi 101] »¹⁴¹. C'est ce que fait la nouvelle trilogie¹⁴².

Dans un troisième temps, Bastarache dit qu'à l'avenir le droit d'utiliser une langue impose une obligation correspondante à l'État de respecter ce droit. « Les tribunaux saisis d'affaires criminelles sont donc tenus d'être institutionnellement bilingues afin d'assurer l'emploi égal des deux langues officielles du Canada », y compris au Québec, nécessairement¹⁴³. Il en est ainsi « afin d'aider les minorités de langue officielle à préserver leur identité culturelle »,

¹⁴⁰ En 1984, l'Ontario adopte une loi qui permet l'utilisation du français devant les tribunaux de la province. En 1986, elle fait un pas de plus : elle adopte sa loi linguistique, qui donne droit à certains services gouvernementaux en langue française. Le projet est même présenté à l'Assemblée législative de l'Ontario le 1^{er} mai 1986, jour de la publication de la trilogie de la même année par la Cour suprême du Canada. Donc, en 1986, le bilinguisme institutionnel dans cette province semble progresser peu à peu.

¹⁴¹ Michael MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, traduit de l'anglais par Hervé Juste, Montréal, Boréal, 1996, p. 207.

¹⁴² L'idée de prolonger et d'actualiser la thèse de Mandel a été partagée par le professeur de droit Guillaume Rousseau notamment à l'occasion du symposium Pierre-Patenaude tenu à l'Université de Sherbrooke le 6 septembre 2017. Sa conférence portait sur « le nationalisme linguistique au Québec et les droits des francophones des autres provinces ».

¹⁴³ *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, 793.

Bastarache citant immédiatement ici l'arrêt *Ford* à cet égard, plus précisément les pages où il était question de protéger l'anglais au Québec¹⁴⁴. La Cour suprême est d'avis que les droits linguistiques de Jean Victor Beaulac ont été violés. Elle ordonne un nouveau procès criminel. Et tout indique que l'interprétation large vise tout le Canada, et que l'arrêt *MacDonald*, dont les heures pouvaient être comptées après le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, est mis à la poubelle par le juge Bastarache avec l'arrêt *Beaulac*¹⁴⁵. Légalement, rien n'indique qu'il a survécu.

En terminant, mentionnons que la Cour suprême avait clairement l'occasion d'épargner la politique linguistique québécoise d'un nouveau recul. Dans l'affaire *Beaulac*, le procureur général du Québec intervient non pas pour s'opposer à la position défendue par Jean Victor Beaulac, mais pour plaider que le droit à un procès bilingue retrouvé dans le *Code criminel* (une loi fédérale ordinaire) est « inapplicabl[e] constitutionnellement dans la province de Québec »¹⁴⁶. Pourquoi ? Parce qu'au Québec, c'est l'article 133 de la L.C. 1867 qui prime. Et l'article 133, depuis l'arrêt *MacDonald* de 1986, protège le droit des acteurs de la justice au Québec d'utiliser uniquement la langue française sans égard au choix du justiciable d'utiliser le français ou l'anglais. Le procureur général du Québec l'écrit de cette façon dans le mémoire qu'il dépose dans l'affaire *Beaulac* : les dispositions du *Code criminel* « mettent unilatéralement de côté les garanties linguistiques conférées aux juges du Québec et au procureur général du Québec et à ses avocats par l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867. Ils sont donc constitutionnellement inapplicables devant les tribunaux du Québec »¹⁴⁷.

¹⁴⁴ *Id.*, 796.

¹⁴⁵ Marc TREMBLAY, « D'égal à égal : la réhabilitation du principe de l'égalité des langues officielles et du principe de la progression vers l'égalité de statut du français et de l'anglais », (2002) 47 *Égalité* 67, 69 : « Le juge Bastarache a alors écarté ce que l'on connaissait comme le principe de la retenue, de l'interprétation prudente ou restrictive à la faveur d'une interprétation large et libérale de tous (lire "symétrique") les droits linguistiques. »

¹⁴⁶ PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC, *Mémoire*, déposé dans l'affaire *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, Ottawa, Cour suprême du Canada, 9 février 1999, p. 1.

¹⁴⁷ *Id.*, p. 8. Stéphane Beaulac et Frédéric Bérard, codirecteurs de l'Observatoire national en matière de droits linguistiques de l'Université de Montréal, croient que le procureur général du Québec est intervenu contre les droits des francophones hors Québec dans l'affaire *Beaulac* : Marco FORTIER, « Un nouvel observatoire prêt à déboulonner les "mythes" canadiens », *Le Devoir*, 7 avril 2016, en ligne :

<<http://www.ledevoir.com/politique/canada/467521/droits-linguistiques-un-nouvel-observatoire-pret-a-deboulonner-les-mythes-canadiens>> (consulté le 25 septembre 2018). Leur choix est probablement motivé par une lecture particulière du mémoire que dépose le procureur général du Québec dans cette affaire. Dans son ouvrage sur les droits linguistiques, Bérard associe la position du procureur général du Québec, qui tente de convaincre la Cour de limiter la portée des questions auxquelles elle doit répondre, à une opposition du

Or, Bastarache ne saisit pas la perche que lui tend le procureur général du Québec. Résumons son propos. Dans un premier temps, la trilogie de 1986 – qui comprend l’arrêt *MacDonald* favorable au Québec (Bastarache cite le raisonnement qu’y propose le juge Beetz, qui concerne le Québec et explicitement l’article 133) – fait partie d’un moment d’égarement de la Cour suprême. Dans un deuxième temps, il annonce le retour de l’interprétation large, sans ménager l’arrêt *MacDonald* ; c’est tout le raisonnement de la trilogie de 1986 qui est écarté, et l’approche qui avait favorisé le Québec qui tombe. Dans un troisième temps, il prône le bilinguisme institutionnel partout au Canada, sans égard à la spécificité du Québec.

Et avec l’arrêt *Arsenault-Cameron*, la nouvelle trilogie n’épargne pas ce qui traînait depuis l’arrêt *Ford* et le *Renvoi manitobain sur les droits scolaires* de 1993 : le mirage de la société distincte.

- L’interprétation asymétrique représente un danger

Dans l’affaire *Arsenault-Cameron*, des parents de l’Île-du-Prince-Édouard contestent la décision du gouvernement de cette province de leur refuser la construction d’une école primaire française¹⁴⁸. La communauté francophone demande cette école depuis 1982. Mais le gouvernement de l’Île-du-Prince-Édouard offre des autobus pour le transport des enfants à l’école de langue française située dans un village voisin, à une heure de route.

En 2000, la Cour suprême se prononce à l’unanimité en faveur de la construction d’une nouvelle école primaire (le juge Bastarache écrit pour la Cour, avec le juge Major). Il s’agit

Québec aux revendications de la francophonie minoritaire : Frédéric BÉRARD, *Charte canadienne et droits linguistiques : Pour en finir avec les mythes*, Montréal, Presses de l’Université de Montréal, 2017, p. 286-289. Mais ce que plaide le procureur général du Québec, c’est que le droit à un procès bilingue retrouvé dans le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (une loi fédérale ordinaire) est « inapplicabl[e] constitutionnellement dans la province de Québec », donc applicable partout ailleurs où se trouvent les francophones minoritaires (PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC, *Mémoire*, déposé dans l’affaire *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, Ottawa, Cour suprême du Canada, 9 février 1999, p. 1). Pourquoi une telle exception québécoise ? Parce qu’au Québec, contrairement à toutes les autres provinces, c’est l’article 133 de la L.C. 1867 qui prime. Et l’article 133 protège au moment où intervient le procureur général du Québec dans l’affaire *Beaulac*, et ce, depuis l’arrêt *MacDonald c. Montréal (Ville)*, [1986] 1 R.C.S. 460, 483 (j. Beetz, motifs maj.), le droit des acteurs de la justice québécois d’utiliser uniquement la langue française sans égard au choix du justiciable d’utiliser le français ou l’anglais. En tentant de séparer l’interprétation de l’article 133 de celle des dispositions du *Code criminel*, donc en limitant la portée des questions auxquelles la Cour suprême doit répondre, le procureur général du Québec veut protéger les acquis de l’arrêt *MacDonald* pour le Québec, ce qui n’empêche nullement que le droit à un procès criminel bilingue trouve application partout où l’article 133 ne s’applique pas, c’est-à-dire dans toutes les provinces sauf au Québec.

¹⁴⁸ *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3.

d'un gain pour les minorités françaises. En échange, toutefois, la Cour suprême semble dire que l'ouverture en faveur de l'asymétrie (ou du contexte québécois) exprimée dans l'arrêt *Ford* et le *Renvoi manitobain sur les droits scolaires* de 1993 est sans espoir. Cette affaire *Arsenault-Cameron* est absolument capitale. La Cour suprême du Canada n'en a rien à faire de la réconciliation de la francophonie canadienne. Les droits linguistiques protègent les minorités officielles.

Dans l'affaire *Arsenault-Cameron*, les tribunaux inférieurs avaient utilisé la possibilité d'asymétrie pour confirmer la légalité de la décision du gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard de refuser la construction d'une école primaire française. L'interprétation du droit à l'instruction dans la langue de la minorité devait, certes, prendre en compte son objet et être compatible avec son caractère réparateur, mais « d'autres importants principes d'interprétation » étaient soulevés pour nuancer sa portée. La Cour suprême note que le premier de ces « autres importants principes d'interprétation » mis de l'avant par les tribunaux inférieurs est celui-ci : « Premièrement, différentes méthodes d'interprétation peuvent s'appliquer dans des ressorts différents en raison de la dynamique linguistique particulière à chacune des provinces. »¹⁴⁹

Bref, la possibilité d'asymétrie, exprimée dans les mots utilisés par la Cour suprême dans le *Renvoi manitobain sur les droits scolaires* de 1993, se retourne maintenant contre les francophones hors Québec. En 2000, avec la nouvelle trilogie, il faut donc l'abattre. Ainsi, il ne s'agit pas de ramener les tribunaux inférieurs à l'ordre pour leur dire que l'asymétrie est possible lorsqu'elle profite à la seule des langues officielles qui soient fragiles, la langue française, et ce, partout au Canada, y compris au Québec. Non, car l'asymétrie représente un danger.

« Comme notre Cour l'a récemment expliqué dans l'arrêt *Beaulac* », indique le plus haut tribunal, « [l]es droits linguistiques doivent *dans tous les cas* être interprétés en fonction de leur objet, de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada »¹⁵⁰. Or, les majorités provinciales ne savent pas toujours prendre en compte les intérêts des minorités officielles. Ainsi, le pouvoir du gouvernement provincial

¹⁴⁹ *Id.*, 21.

¹⁵⁰ *Id.*, 25.

« est restreint par le caractère réparateur de l’art. 23 [de la *Charte canadienne*], les besoins particuliers de la communauté linguistique minoritaire et le droit exclusif des représentants de la minorité de gérer l’enseignement et les établissements d’enseignement de la minorité »¹⁵¹. À l’Île-du-Prince-Édouard, les représentants de la minorité française jugeaient que la communauté avait besoin d’une nouvelle école. Le gouvernement de la province doit alors *a priori* respecter ce choix, et le financer avec des fonds publics.

Évidemment, il y a une place pour la prise en compte du contexte. Puisque la compétence en matière d’éducation revient aux provinces, ces dernières doivent respecter le droit à l’instruction dans la langue de la minorité prévu dans la *Charte canadienne* en fonction du contexte provincial qui leur est propre. Mais les principes sont les mêmes partout à travers le Canada, et les droits linguistiques protègent les minorités officielles. Si « différentes méthodes d’interprétation peuvent s’appliquer dans des ressorts différents en raison de la dynamique linguistique particulière à chacune des provinces », c’est au bénéfice de ces minorités officielles, et non des majorités. Car l’interprétation large est de mise dans tous les cas. Les conditions favorables à la division de la francophonie canadienne se trouvent confirmées.

L’arrêt *Arsenault-Cameron* est la suite des deux autres de la nouvelle trilogie. Or, ces deux autres, soit le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* et l’arrêt *Beaulac*, sont explicitement fondés sur l’histoire législative. Ainsi, lorsque la Cour suprême tourne le dos à la possibilité d’asymétrie qui semblait se dessiner avec l’arrêt *Ford* et le *Renvoi manitobain sur les droits scolaires* de 1993, on comprend, puisque cette possibilité n’était pas raccrochée à l’histoire législative dans ces deux dernières affaires, que l’arrêt *Arsenault-Cameron* est capital. Celui-ci abat l’asymétrie en se raccrochant cette fois à l’intention législative sur les langues officielles, fidèlement à la stratégie voulant que le juge tranche en faveur d’une interprétation conforme aux théories de la conception de la politique linguistique canadienne.

De plus, la nouvelle trilogie concorde avec l’arrivée du juge Bastarache au sein du plus haut tribunal, le 30 septembre 1997. L’année suivante, la Cour suprême rend son avis dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Puis viennent les arrêts *Beaulac* et *Arsenault-Cameron* en 1999 et 2000. Or, ce n’est pas comme si le juge Bastarache ne connaissait pas

¹⁵¹ *Id.*, 34.

la situation particulière du Québec ou le problème structurel opposant la francophonie canadienne depuis des années devant la Cour suprême. En effet, « [a]vant d'être nommé juge, Bastarache a été très actif au sein des communautés francophones en situation minoritaire », c'est-à-dire durant les années 1970 et 1980¹⁵². Il a alors plaidé devant le plus haut tribunal, qu'il allait joindre quelques années plus tard, dans des dossiers portant sur les droits linguistiques. Ainsi, « sa carrière est marquée par son militantisme envers les langues officielles »¹⁵³.

Le juge Bastarache savait nécessairement qu'il devait écrire quelque part que la politique linguistique québécoise est épargnée du retour de l'interprétation large si telle était l'intention de la Cour suprême. Or, tout indique que le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* et l'arrêt *Beaulac* renversent le gain fait par Québec dans l'arrêt *MacDonald*. Il savait aussi qu'il devait réaligner la possibilité d'asymétrie en faveur de la francophonie canadienne dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*, et non la condamner, si la Cour suprême souhaitait maintenir en vie l'espoir que faisaient vivre l'arrêt *Ford* et le *Renvoi manitobain sur les droits scolaires* de 1993 eu égard à la prise en compte de la spécificité québécoise.

Si un juge pouvait réussir ce tour de force, c'est bien Bastarache. Mais il n'a pas su faire avancer les droits des francophones hors Québec en usant d'une autre stratégie que celle qui avait fait ses preuves avant son arrivée à la Cour suprême. Sur les droits linguistiques, il y a lieu de trancher conformément aux théories de la conception de la politique linguistique canadienne. Or, selon celles-ci, l'intention est symétrique. Bastarache s'est donc résigné à confirmer la symétrie, cette fois portée par une interprétation large.

Dans les prochaines pages, on verra que la logique ayant permis au Québec de faire un gain dans l'arrêt *MacDonald* pourrait bien renaître. Car entre l'interprétation large ou restrictive, toutes deux sont compatibles avec les théories de la conception de la politique linguistique canadienne. Il revient à la Cour suprême de décider laquelle des deux approches est la plus

¹⁵² Stéphanie CHOUINARD, *La question de l'autonomie des francophones hors Québec : Trois décennies d'activisme judiciaire en matière de droits linguistiques au Canada*, thèse de doctorat, Université d'Ottawa, Faculté des Sciences sociales, École d'études politiques, 2016, p. 154.

¹⁵³ *Id.*, p. 155.

susceptible de protéger le pouvoir judiciaire. Mais c'est de deux types de symétrie dont il s'agit.

On verra aussi que le mirage de la société distincte, observé dans l'arrêt *Ford* et le *Renvoi manitobain sur les droits scolaires* de 1993, s'est, quant à lui, encore dissipé, et peut-être pour de bon. Du moins, il faut savoir qu'il n'est qu'un mirage. Dans les présentes circonstances, il est incompatible avec la stratégie judiciaire voulant que l'interprétation des droits linguistiques soit conforme aux théories de la conception de la politique linguistique canadienne. Il pourra réapparaître en 2005 dans l'arrêt *Solski*, lorsque la Cour suprême écrira que « [l]e gouvernement provincial appelé à légiférer en matière d'éducation doit disposer de la latitude suffisante pour assurer la protection de la langue française », mais on le sait condamné à disparaître. Le mirage de la société distincte ne peut être autre chose qu'un mirage, puisqu'il n'est jamais rattaché à l'histoire législative. Il disparaîtra donc aussitôt en 2009 dans l'arrêt *Nguyen*. Il est incapable d'épargner la loi 101 d'une déclaration d'inconstitutionnalité, et ne peut donc aucunement réconcilier la francophonie canadienne.

Mais avant de revenir au mirage une troisième fois, il y a lieu de s'arrêter quelques instants sur trois jugements rendus en 2001 par les cours d'appel du Québec, de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick. Une analyse des dispositifs de chacune de ces décisions peut faire croire que les tribunaux ont trouvé une voie pour l'asymétrie. Une analyse des faits donne toutefois un portrait différent : il n'y a rien de surprenant à ce que des faits différents aboutissent à des résultats différents.

b) Les contextes provinciaux dans une approche symétrique et l'opposition dans la francophonie.

Le 16 octobre 2001, la Cour d'appel du Québec valide la légalité de la loi fusionnant des municipalités majoritairement anglophones à une nouvelle Ville de Montréal déclarée « ville de langue française ». Le 7 décembre, la même année, la Cour d'appel de l'Ontario invalide la décision mettant fin à toute une gamme de services offerts en français par l'hôpital Montfort ainsi qu'à son rôle dans la formation en français des professionnels de la santé. Quelques jours plus tard, le 20 décembre, c'est la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick qui déclare que l'expression « lois de la Législature » (prévue dans la *Charte canadienne*) oblige la Ville de Moncton à adopter ses règlements municipaux en français et en anglais, et ce,

même si la Cour suprême du Canada a précédemment jugé que l'expression semblable (prévue dans la L.C. 1867) n'oblige pas les municipalités québécoises à faire de même. Dans les circonstances, 2001 est-elle l'année qui trace une voie permettant la réconciliation prochaine de la francophonie canadienne ?

Reprenons du début. Le 16 octobre, le plus haut tribunal du Québec valide la loi créant une métropole de langue française malgré le désaccord exprimé par de nombreux leaders de la communauté anglo-québécoise, qui préfèrent le maintien de municipalités majoritairement anglophones distinctes sur l'île de Montréal. Le 7 décembre, le plus haut tribunal de l'Ontario vole au secours de la communauté franco-ontarienne en invalidant la décision du gouvernement ontarien de fermer l'hôpital Montfort, du moins d'y retirer la vocation qu'il avait toujours eue pour la communauté minoritaire. Et le 20 décembre, c'est le plus haut tribunal du Nouveau-Brunswick qui interprète une expression de façon à protéger le français minoritaire à Moncton tout en disant que l'expression semblable prévue ailleurs n'est pas susceptible de protéger l'anglais minoritaire au Québec dans les mêmes circonstances. Ainsi, n'y a-t-il pas là exactement le type d'asymétrie nécessaire à la réconciliation de la francophonie canadienne ?

Quelques auteurs l'affirment¹⁵⁴. Mais cette affirmation semble toutefois devoir être contredite, puisque les faits dans les affaires québécoise et ontarienne sont radicalement différents. L'affaire néo-brunswickoise est fondée sur une histoire législative en tout point particulière¹⁵⁵.

- L'absence de fondements historiques à une revendication anglo-québécoise

L'affaire *Westmount* démarre lorsque des villes, des citoyens et des associations de citoyens saisissent les tribunaux pour contester la validité d'une loi québécoise créant plusieurs

¹⁵⁴ Pierre FOUCHER, « Symétrie ou asymétrie dans les droits scolaires des minorités », (2002) 47 *Égalité* 91, 101 ; Joseph Yvon THÉRIAULT, « Culture politique canadienne et asymétrie linguistique », (2006) 31 *S.C.L.R.* (2d) 249, 255 ; Frédéric BÉRARD, *Charte canadienne et droits linguistiques : Pour en finir avec les mythes*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2017, p. 258.

¹⁵⁵ Des auteurs l'admettent : « il est permis de conclure que la logique des cours d'appel, dans chacune de ces trois décisions, n'est peut-être pas aussi contradictoire qu'elle peut le paraître à première vue » (Michel DOUCET, Michel BASTARACHE et Martin RIOUX, « Les droits linguistiques : fondements et interprétation », dans Michel BASTARACHE et Michel DOUCET [dir.], *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013, p. 1, à la page 69).

nouvelles villes grâce à des fusions municipales¹⁵⁶. Devant la Cour d'appel, ce sont essentiellement des demandeurs cherchant à défendre les intérêts de la communauté anglophone de Montréal qui montent au front. Leurs arguments les plus importants sont fondés sur le principe constitutionnel non écrit de protection des minorités, le droit à l'égalité protégé par les chartes canadienne et québécoise des droits et libertés et, enfin, les droits linguistiques prévus dans la *Charte canadienne*. Ils sont tous rejetés.

D'abord, la Cour d'appel constate que la compétence législative sur les municipalités relève des provinces et que la Constitution canadienne n'y apporte aucune limite explicite. Le tribunal écrit : « le principe de protection des minorités n'a pas pour effet de conférer un droit à des institutions pour la protection des minorités, lorsque ce droit n'est pas protégé, par ailleurs, dans la Constitution »¹⁵⁷. Ainsi, retenir l'argument reviendrait à écarter la Constitution écrite ou la modifier à l'aide d'un principe non écrit.

Les demandeurs tentent de raccrocher leur premier argument à l'histoire législative. « Ils invoquent les débats préconfédératifs où il est déclaré que la protection des minorités est une condition fondamentale de l'Union. Or, prétendent-ils, les municipalités anglophones, qui n'étaient pas vulnérables à l'époque, le sont maintenant. »¹⁵⁸ Faudrait-il alors limiter la compétence du Québec en matière municipale afin de protéger des villes majoritairement anglophones ? La Cour d'appel choisit de ne pas aller jusque-là. « Si les pères de la Confédération avaient eu l'intention de protéger aussi les institutions municipales, ils l'auraient fait explicitement », dit-elle¹⁵⁹. Elle poursuit : « Il est impossible, à moins de réécrire l'histoire, de leur prêter une telle intention à l'égard des municipalités anglophones. »¹⁶⁰

Au sujet des droits linguistiques, la Cour d'appel prend connaissance de la théorie générale relative à leur interprétation. Elle écrit : l'arrêt *Beaulac* « énonce que ce sont les droits linguistiques expressément prévus qui doivent recevoir une interprétation large et libérale »¹⁶¹. Or, note-t-elle, ce que les demandeurs réclament lorsqu'ils attaquent la loi sur

¹⁵⁶ *Westmount (Ville) c. Québec (Procureur général)*, [2001] R.J.Q. 2520 (C.A.).

¹⁵⁷ *Id.*, par. 94.

¹⁵⁸ *Id.*, par. 105.

¹⁵⁹ *Id.*, par. 106.

¹⁶⁰ *Id.*, par. 107.

¹⁶¹ *Id.*, par. 141.

les fusions, c'est « la création d'un droit linguistique nouveau, droit qui ne peut leur être octroyé par les tribunaux ». ¹⁶²

La Cour d'appel retient aussi que, avec les fusions, « les villes qui détenaient “un statut bilingue” sont transformées en “arrondissements bilingues” » ¹⁶³. C'est que la loi 101 crée un statut particulier pour certaines municipalités, qui sera respecté par la loi sur les fusions, bien que dans un cadre nouveau. La Cour d'appel conclut : « La situation juridique des villes appelantes demeure donc inchangée au chapitre des droits linguistiques, puisque la *Charte de la langue française* continue de régir l'usage de la langue française et de la langue anglaise dans les institutions municipales. » S'il est prévu que « Montréal est une ville de langue française », le tribunal québécois statue que « ce texte purement déclaratoire n'ajoute, ni ne retranche rien » ¹⁶⁴.

Enfin, plaidant le droit à l'égalité, les demandeurs croient que « la nouvelle ville ne fournira pas à ses citoyens anglophones des services adéquats dans leur langue » ¹⁶⁵. À l'opposé, le procureur général du Québec fait valoir que « des services adéquats sont dispensés à tous [l]es citoyens anglophones » dans l'actuelle Ville de Montréal et que la prétention inverse devant la Cour d'appel est « purement prospective et hypothétique » ¹⁶⁶. Le plus haut tribunal québécois indique qu'il se range derrière la preuve offerte par le procureur général du Québec.

Cela dit, hormis le dispositif, force est d'admettre que l'affaire ontarienne est radicalement différente.

- L'histoire législative à la rescousse des intérêts de la communauté franco-ontarienne

Dans l'affaire *Lalonde*, la contestation porte sur la décision du gouvernement ontarien de mettre fin à la vocation qu'avait toujours eue l'hôpital Montfort, seul hôpital à l'ouest de la rivière des Outaouais qui offre tous ses services de santé en français (les consultations, les diagnostics, les communications avec les patients, etc.), le seul aussi où les professionnels sont formés en français (les étudiants en physiothérapie et en ergothérapie, les commis

¹⁶² *Id.*, par. 145.

¹⁶³ *Id.*, par. 213.

¹⁶⁴ *Id.*, par. 216.

¹⁶⁵ *Id.*, par. 157.

¹⁶⁶ *Id.*, par. 158.

médicaux, les résidents en médecine familiale, etc.) et où tout le monde travaille en français (médecins, infirmiers, employés de cafétéria, préposés à l'entretien, etc.). La Cour d'appel invalide la décision prise par le ministre du gouvernement ontarien, dont le pouvoir est fondé sur une loi qui exige qu'il agisse dans « l'intérêt public »¹⁶⁷. Deux motifs sont retenus : d'une part, la décision ne respecte pas la loi linguistique de l'Ontario et, d'autre part, cette décision est contraire au principe constitutionnel non écrit de protection des minorités¹⁶⁸. Analysons l'un et l'autre.

La décision du gouvernement de fermer l'hôpital Montfort ne respecte pas la loi linguistique de l'Ontario, juge d'une part le plus haut tribunal ontarien. Ce dernier se fonde alors sur l'histoire législative (il cite les débats parlementaires) et sur le principe constitutionnel non écrit de protection des minorités :

L'historique législatif et les déclarations des députés entourant l'adoption de la *L.S.F.* [la *Loi sur les services en français*, la loi linguistique de la province] autorisent notre Cour à tirer un certain nombre de conclusions à propos des buts et objectifs sous-jacents de la *L.S.F.* et de l'intention du législateur. L'un des buts et objectifs sous-jacents de la loi était de protéger la minorité francophone en Ontario ; un autre était de faire progresser le français et de favoriser son égalité avec l'anglais. Ces objectifs coïncident avec les principes sous-jacents non écrits de la Constitution du Canada. Comme nous l'avons déjà déclaré, les principes constitutionnels sous-jacents peuvent dans certaines circonstances engendrer des obligations légales substantielles à cause de leur puissante force normative.¹⁶⁹

La Cour d'appel note ensuite que Montfort est désigné comme organisme gouvernemental en vertu de la loi linguistique de l'Ontario et qu'il existe en conséquence un droit d'y recevoir des services en français. Ce faisant, pour limiter ce droit, le gouvernement ontarien se devait notamment de procéder par règlement. C'est ce que prévoit la loi linguistique de la province.

Le gouvernement sait que sa décision affectera les services en français :

La Commission [gouvernementale] elle-même admet que le transfert de services de Montfort aura pour conséquence que « certains » services existants ne seront plus

¹⁶⁷ *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, (2001) 56 O.R. (3d) 505 (Ont. C.A.).

¹⁶⁸ L'argument des demandeurs fondé sur le droit à l'égalité protégé par les chartes des droits et libertés est rejeté dans l'arrêt *Westmount* comme dans l'arrêt *Lalonde*. Il l'a également été dans une autre affaire québécoise : *Hôpital Reine-Élisabeth de Montréal c. Rochon*, [1996] R.J.Q. 1862 (C.S.), conf. par *Lachine General Hospital Corp. c. Québec (Procureur général)*, [1996] R.J.Q. 2804 (C.A.).

¹⁶⁹ *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, (2001) 56 O.R. (3d) 505 (Ont. C.A.), par. 143.

disponibles en français dans la région d'Ottawa-Carleton, et qu'il ne sera plus possible de former des professionnels de la santé entièrement en français dans un cadre bilingue.¹⁷⁰

Puisque l'Ontario a limité le droit à des services en français en se fondant sur un pouvoir discrétionnaire, et non en vertu d'un pouvoir réglementaire, la décision de fermer Montfort est jugée invalide par la Cour d'appel. Elle écrit : « nous concluons que les directives de la Commission [gouvernemental] ne respectent pas les exigences statutaires imposées par la *L.S.F.* ». ¹⁷¹

D'autre part, la décision du gouvernement de fermer Montfort est contraire au principe constitutionnel non écrit de protection des minorités, retient aussi la Cour d'appel de l'Ontario. Pourquoi ? Parce que « les valeurs constitutionnelles doivent être prises en compte dans l'évaluation de la validité ou de la légalité d'une action gouvernementale »¹⁷². La Cour d'appel poursuit :

La Commission [gouvernemental] était obligée par la loi d'exercer ses pouvoirs à l'égard de Montfort *conformément à l'intérêt public*. Afin de décider de ce qui est de l'intérêt public, la Commission était tenue de prendre en considération le principe constitutionnel fondamental du respect et de la protection des minorités.¹⁷³

Or, lorsque la décision de fermer Montfort est prise, le gouvernement répond explicitement aux membres de la communauté franco-ontarienne qui s'en plaignent que l'exercice de restructuration des hôpitaux vise à améliorer l'efficacité et la rentabilité du système de santé ontarien, et non à ménager des considérations linguistiques et culturelles¹⁷⁴. La Cour d'appel juge donc, comme « motif supplémentaire » ou « second motif », que la décision est contraire au principe constitutionnel non écrit de protection des minorités. Elle conclut : « la Commission [gouvernementale] n'a pas accordé suffisamment de poids et d'importance au rôle de Montfort sur les plans linguistique et culturel pour la survie de la minorité franco-ontarienne »¹⁷⁵.

¹⁷⁰ *Id.*, par. 163.

¹⁷¹ *Id.*, par. 169.

¹⁷² *Id.* par. 174.

¹⁷³ *Id.* par. 180.

¹⁷⁴ *Id.* par. 184.

¹⁷⁵ *Id.* par. 187-189.

La première différence entre les arrêts *Lalonde* et *Westmount* est notée d'emblée par la Cour d'appel de l'Ontario : « on ne conteste pas ici la validité d'une loi qui empiète sur les droits de la minorité linguistique ». « On nous demande plutôt, poursuit le plus haut tribunal ontarien, de statuer sur la validité d'une décision discrétionnaire touchant le rôle et la fonction d'une institution existante [Montfort], prise par un organisme [gouvernemental] créé par la loi et mandaté pour agir dans l'intérêt du public. »¹⁷⁶ Ainsi, contrairement à l'affaire *Westmount*, « il n'est pas question de la validité ou de l'invalidité constitutionnelle d'une disposition législative ».

La Cour d'appel de l'Ontario approuve les propos suivants : « [i]l y a une différence entre la validité d'une disposition législative et la possibilité d'un comportement non constitutionnel en application de cette disposition »¹⁷⁷. Elle distingue ainsi elle-même l'affaire *Lalonde* de l'affaire *Westmount* :

il ne nous sera pas nécessaire de répondre à la question plus générale, savoir si le principe constitutionnel fondamental [non-écrit] du respect et de la protection des minorités crée un droit constitutionnel spécifique permettant d'attaquer la validité d'un acte de la législature ou suffisant pour obliger la province à agir d'une manière précise.¹⁷⁸

Autrement dit, le plus haut tribunal de l'Ontario veut se prémunir des comparaisons : la Cour d'appel du Québec a refusé de se rendre à certains arguments qu'il n'a pas lui-même à trancher. Que dire de plus ?

La deuxième différence se trouve dans les lois linguistiques respectives de l'Ontario et du Québec. Dans l'affaire *Lalonde*, il était possible de raccrocher la contestation de la décision de fermer Montfort à la *Loi sur les services en français* de la province afin de démontrer que la procédure permettant de réduire légalement la prestation de services en langue française n'avait pas été respectée par le gouvernement ontarien. Dans l'affaire *Westmount*, au contraire, rien dans la loi 101 ou dans toute autre réglementation linguistique québécoise ne permettait d'attaquer la loi sur les fusions ou la procédure ayant mené à son adoption.

¹⁷⁶ *Id.* par. 123.

¹⁷⁷ *Id.* par. 124.

¹⁷⁸ *Id.* par. 126.

Ainsi, et il s'agit de la troisième différence entre les deux affaires, l'attaque fondée sur le principe constitutionnel non écrit dans l'affaire *Westmount* ne pouvait que mener, s'il réussissait, à la création judiciaire d'un nouveau droit constitutionnel. En contestant de cette façon la loi sur les fusions, on demandait aux tribunaux d'intervenir dans le partage des compétences entre les ordres de gouvernements fédéral et provinciaux pour qu'une nouvelle limite soit ajoutée dans la Constitution à la compétence exclusive des provinces en matière municipale. Au contraire, dans l'affaire *Lalonde*, l'utilisation du principe constitutionnel non écrit n'impliquait pas une modification judiciaire de la Constitution. La Cour d'appel de l'Ontario pouvait simplement dire qu'un pouvoir discrétionnaire octroyé à un ministre devait être exercé en prenant en compte les valeurs de la Constitution canadienne, et notamment le principe de protection des minorités.

La quatrième différence entre les deux affaires réside dans le fait qu'il était avéré que la décision de fermer Montfort réduirait les services en français offerts aux Franco-Ontariens. La preuve était là et le gouvernement de l'Ontario l'admettait. Or, dans l'affaire *Westmount*, la Cour d'appel du Québec retient que la prétention des demandeurs quant à la diminution des services en anglais était « purement prospective et hypothétique ». Le procureur général du Québec présente une preuve contraire, qui est retenue.

Enfin, la cinquième différence notable se trouve dans ce qu'on peut faire dire à l'histoire législative. Dans l'affaire *Lalonde*, les débats parlementaires renforçaient la prétention des demandeurs. Dans l'affaire *Westmount*, rien de cela n'était possible. Incapable de rattacher le choix de créer un nouveau droit constitutionnel à la volonté des constituants, la Cour d'appel du Québec décide de passer son tour, car elle ne saurait dans les circonstances comment justifier un tel accroissement du pouvoir judiciaire auprès des autres acteurs juridiques.

En outre, les affaires *Lalonde* et *Westmount* ne portent ni sur le droit à l'instruction dans la langue de la minorité protégé par la *Charte canadienne*, ni sur les obligations relatives au bilinguisme législatif et judiciaire prévues dans la L.C. 1867, ni sur tout autre droit linguistique applicable simultanément au Québec et dans le reste du Canada. Ainsi, si elles exprimaient une approche asymétrique, rien n'indique qu'elles seraient utiles lorsqu'est

enclenchée la stratégie judiciaire voulant que l'interprétation soit conforme aux théories de la conception de la politique linguistique canadienne.

L'affaire néo-brunswickoise – qui porte sur le bilinguisme législatif – est en revanche l'une de ces affaires qui pourraient de prime abord toucher, en plus du Nouveau-Brunswick, les intérêts du Québec, du fédéral et du Manitoba. Mais la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick confirme que cette province est soumise à une histoire législative en tout point particulière. Elle épargne ainsi habilement la symétrie applicable autrement.

- Le cas particulier du Nouveau-Brunswick

Dans l'affaire *Charlebois*, le propriétaire d'un duplex à Moncton conteste la validité d'un règlement municipal adopté uniquement en anglais et l'ordonnance qu'il a reçue d'un inspecteur des bâtiments, rédigée aussi uniquement en anglais¹⁷⁹. Cette ordonnance indique qu'il aurait converti son bien immobilier en un usage interdit et elle exige qu'il effectue des travaux en conséquence. Le propriétaire en question, Mario Charlebois, plaide l'article 18(2) de la *Charte canadienne* :

18(2). *Les lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux de la Législature du Nouveau-Brunswick sont imprimés et publiés en français et en anglais, les deux versions des lois ayant également force de loi et celles des autres documents ayant même valeur.* (italiques ajoutés)

Le 20 décembre 2001, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick lui donne raison : les « lois de la Législature » doivent être adoptées en français et en anglais, et l'expression inclut les règlements de la Ville de Moncton. Pour y arriver, le plus haut tribunal du Nouveau-Brunswick puise abondamment dans « l'histoire récente des trente dernières années » ; c'est-à-dire les législations linguistiques proprement néo-brunswickoises de 1969, 1981, 1982 et 1993, qui cherchent à « doter la province d'un régime constitutionnel en matière de droits linguistiques tout à fait particulier au Nouveau-Brunswick et unique au pays »¹⁸⁰. On reconnaît là le raisonnement exprimé par les juges Dickson et Wilson, dissidents dans l'arrêt *Société des Acadiens* rendu par la Cour suprême du Canada en 1986. Avec l'arrêt *Charlebois* de 2001, celui-ci gagne la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick.

¹⁷⁹ *Charlebois c. Mowat*, 2001 NBCA 117.

¹⁸⁰ *Id.*, par. 8.

Il en est ainsi même si la Cour suprême du Canada a jugé en 1981, dans le second arrêt *Blaikie*, que l'expression semblable retrouvée à l'article 133 de la L.C. 1867 n'a pas ces conséquences pour les municipalités québécoises. Rappelons ici ses termes : « Les lois du parlement du Canada et de la législature de Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues [française et anglaise]. »

Selon la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, l'arrêt *Blaikie* de 1981 ne rattache pas les municipalités québécoises à l'exigence de bilinguisme en raison du « contexte historique » propre à 1867, attendu que certaines municipalités du Québec adoptaient déjà des règlements dans une seule langue avant la Confédération. Pour cette raison, le silence exprimé par les Pères de la Confédération à l'article 133 eu égard aux municipalités devient le signe qu'ils ne souhaitent pas les y soumettre. Pour la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, « le contexte historique que décrit la Cour suprême [du Canada] vise la situation particulière des municipalités au Québec avant 1867 telle qu'elle aurait été perçue par le constituant à l'époque de l'adoption de l'article 133 »¹⁸¹.

Le tribunal du Nouveau-Brunswick cite des débats parlementaires et utilise tous les adjectifs lui permettant de bien marquer le caractère particulier de la province maritime. Il constate « un ensemble unique de dispositions constitutionnelles tout à fait particulier au Nouveau-Brunswick » et parle d'« une place distincte au sein des provinces canadiennes »¹⁸². Il relate le « contexte historique [...] très différent de celui de 1867 » ou « foncièrement différent », qui « reflète une dynamique linguistique beaucoup plus féconde » que celle retrouvée autour de 1867¹⁸³. Le tribunal néo-brunswickois cite deux fois le passage du *Renvoi manitobain sur les droits scolaires* de 1993 pour justifier « qu'il peut bien être nécessaire d'adopter des méthodes d'interprétation différentes dans divers ressorts qui tiennent compte de la dynamique linguistique particulière à chaque province ». Il déclare enfin l'inconstitutionnalité du règlement de la Ville de Moncton¹⁸⁴. L'effet de la déclaration est

¹⁸¹ *Id.*, par. 39.

¹⁸² *Id.*, par. 79.

¹⁸³ *Id.*, par 82, 90 et 93.

¹⁸⁴ L'argument selon lequel le manque de bilinguisme à Moncton peut se justifier « dans le cadre d'une société libre et démocratique » est rejeté (*id.*, par. 119).

suspendu durant une année afin de donner le temps à la municipalité de traduire sa réglementation en français.

Les auteurs s'entendent pour dire que le *ratio decidendi* de l'arrêt *Charlebois* (2001) ne concerne que le Nouveau-Brunswick¹⁸⁵. L'arrêt confirme que les droits linguistiques constitutionnels applicables à cette province ne font pas partie de l'intention législative plus globale sur les langues officielles au Canada, qui, elle, est interprétée à partir des théories de la conception de la politique linguistique canadienne. Les droits linguistiques qui s'appliquent distinctement au Nouveau-Brunswick ne s'appliquent pas en même temps au Québec. Les droits linguistiques proprement néo-brunswickois se retrouvent en partie hors du champ des cinq événements qui construisent l'intention législative sur les langues officielles au Canada, élaborée en 1867, 1969, 1982, 1988 et, on le verra, 2005.

Le premier ministre du Nouveau-Brunswick Richard Hatfield l'annonçait le 4 décembre 1980 devant le *Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*. L'intention est différente, on s'en souvient :

*Nous voulons aller au-delà de l'article 133 parce que dans le cadre de la Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick – nous avons étudié cela en profondeur – si nous nous contentions des dispositions de l'article 133 ou de l'équivalent dans la résolution, nous supprimerions des droits qui existent déjà dans la province du Nouveau-Brunswick. Par conséquent, nous voulons aller au-delà de ces dispositions et nous voulons également que cela figure dans la Charte des droits. (italiques ajoutés)*¹⁸⁶

Parlant de l'arrêt *Charlebois*, un auteur lance qu'il pourrait peut-être prendre éventuellement une nouvelle dimension : « On peut s'interroger, par ailleurs, sur les conséquences éventuelles de cette décision pour le Québec et le Manitoba, notamment. »¹⁸⁷ La question qu'il faut se poser est alors la suivante : la Cour suprême du Canada peut-elle laisser tomber

¹⁸⁵ Marc TREMBLAY, « D'égal à égal : la réhabilitation du principe de l'égalité des langues officielles et du principe de la progression vers l'égalité de statut du français et de l'anglais », (2002) 47 *Égalité* 67, 79 ; Serge ROUSSELLE, « L'application asymétrique des droits linguistiques au palier municipal : une réalité intrinsèquement liée à notre ordre constitutionnel », (2003-2004) 5 *Rev. C.L. Français* 461, 475.

¹⁸⁶ PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 19, p. 55.

¹⁸⁷ Marc TREMBLAY, « D'égal à égal : la réhabilitation du principe de l'égalité des langues officielles et du principe de la progression vers l'égalité de statut du français et de l'anglais », (2002) 47 *Égalité* 67, 79.

l'égalité Québec-Manitoba après y avoir érigé tout un édifice depuis l'arrêt *Forest* de 1979 ? Pas impossible, mais peu probable si l'on garde en tête les théories de la conception de la politique linguistique canadienne. Et si le contexte manitobain était décroché du reste, la symétrie Québec-fédéral prévue à l'article 133 de la L.C. 1867 resterait. À moins d'un changement de stratégie de la part des tribunaux en matière linguistique.

Fait notable : l'arrêt *Charlebois* (2001) renforce la symétrie déjà parfaite de l'article 133 de la L.C. 1867. Car on comprend désormais que la Cour suprême du Canada aurait difficilement pu soumettre les municipalités québécoises à l'exigence de bilinguisme réglementaire dans l'arrêt *Blaikie* de 1981. Pourquoi ? Parce qu'elle n'aurait pas pu renvoyer la réciproque au pouvoir fédéral, lié lui aussi par l'article 133, mais qui n'a aucune compétence en matière municipale. Autrement dit, en forçant la progression du bilinguisme au Québec en l'imposant aux règlements municipaux, il n'aurait pas été possible en même temps de le faire progresser hors Québec, puisqu'il n'existe pas une telle chose que des municipalités fédérales. On comprend aussi, pour la même raison, que la Cour suprême aurait difficilement pu en 1981 assujettir les commissions scolaires à cette exigence de bilinguisme. L'arrêt *Charlebois* (2001) renforce donc la thèse de la symétrie.

C'est vrai, les dispositifs des cours d'appel sont différents d'une affaire à l'autre en 2001, alors que les enjeux semblent être semblables pour les minorités officielles. C'est ainsi que le judiciaire force la main de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick afin de protéger le français minoritaire, mais qu'il ne bronche pas lorsqu'il lui est demandé d'intervenir au nom de l'anglais minoritaire au Québec. L'issue de chacun de ces litiges est toutefois en tout point conforme à la stratégie développée par les tribunaux en matière linguistique : l'interprétation est symétrique lorsque des droits sont applicables simultanément au Québec et ailleurs au Canada, et ce, considérant les théories de la conception de la politique linguistique canadienne.

Or, les affaires *Westmount*, *Lalonde* et *Charlebois* répondent, à cet égard, d'une autre logique. L'affaire *Westmount* ne se rattachait à aucune loi linguistique offrant de la matière pour plaider la protection des municipalités de la minorité officielle contre une fusion. L'affaire *Lalonde* mettait à l'avant-scène la loi linguistique ontarienne, c'est-à-dire la *Loi sur les services en français* de l'Ontario, qui elle protégeait des services hospitaliers en français.

Et l'affaire *Charlebois* se fondait sur les dispositions proprement néo-brunswickoises de la *Charte canadienne*. Des enjeux semblables pour les minorités officielles de prime abord, mais des faits radicalement différents. L'histoire législative distinguait également chacune de ces affaires. Les résultats ne pouvaient en conséquence qu'être différents. Il n'y a rien là qui puisse servir la réconciliation de la francophonie canadienne. En outre, la Cour suprême du pays n'a jamais en quelque occasion avalisée d'une façon ou d'une autre l'idée que les cours d'appel du Québec, de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick puissent avoir ouvert une nouvelle voie en 2001.

Non, ce qui permet d'espérer se trouve encore dans le persistant mirage de la société distincte. Après son apparition en 1988 dans l'arrêt *Ford* et son rappel dans le *Renvoi manitobain sur les droits scolaires* de 1993, il revient, contre toute attente, une troisième fois dans l'arrêt *Solski* rendu au début de l'année 2005. Cette fois, le mirage flirt même avec la réalité ; il apparaît, puis la Cour suprême épargne la loi 101 d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Dommage que l'histoire législative ne soit pas venue solidifier ses fondations.

- Une fausse balle

Dans l'arrêt *Ford* (1988), la Cour suprême du Canada fait un pas en faveur de l'asymétrie. Elle reconnaît « l'importance de l'objet législatif de la *Charte de la langue française* » et concède que cette loi « est destinée à répondre à un besoin réel et urgent »¹⁸⁸. Lorsqu'elle se prononce sur la constitutionnalité (ou pas) des dispositions de la loi 101 encadrant l'affichage commercial, la Cour reprend même certaines des justifications apportées par le procureur général du Québec :

« [A]u cours de la période qui a précédé l'adoption de la loi en cause, le “visage linguistique” du Québec donnait souvent l'impression que l'anglais était devenu aussi important que le français. Ce “visage linguistique” a renforcé chez les francophones la crainte que l'anglais gagne en importance, que la langue française soit menacée et qu'elle finisse par disparaître. Il semblait indiquer aux jeunes francophones que la langue du succès était presque exclusivement l'anglais et confirmait pour les anglophones qu'il n'était pas vraiment nécessaire d'apprendre la langue de la majorité. Cela pouvait en outre amener les immigrants à penser qu'il était plus sage de s'intégrer à la collectivité anglophone. »¹⁸⁹

¹⁸⁸ *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 777.

¹⁸⁹ *Id.*, 778.

Ce sont ces considérations qui poussent la Cour suprême à avancer que Québec pourrait « exiger que la langue française prédomine, même nettement, sur les affiches et les enseignes » ; que Québec pourrait, autrement dit, « exiger que le français accompagne toute autre langue ou [...] qu'il soit plus en évidence que d'autres langues »¹⁹⁰. La prise en compte du contexte québécois est évidente. Surtout que personne n'a laissé entendre que l'inverse, en faveur de la langue anglaise dans le reste du Canada cependant, pourrait se justifier.

Dans le *Renvoi manitobain sur les droits scolaires* de 1993, lorsqu'elle décrit quatre « principes généraux d'interprétation » du droit à l'instruction dans la langue de la minorité, la Cour suprême s'arrête un instant sur la possibilité d'asymétrie. « Il faut noter en passant [...] qu'il peut bien être nécessaire d'adopter des méthodes d'interprétation différentes dans divers ressorts qui tiennent compte de la dynamique linguistique particulière à chaque province », précise-t-elle. En citant à cette occasion l'arrêt *Ford* et les considérations qui sont les siennes au sujet du contexte québécois, la Cour suprême donne aux éléments qui concernent le débat sur l'affichage commercial une pertinence dans un différend portant sur le droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Il s'agit là d'un pas de plus en faveur de l'asymétrie. Soulignons-le.

Mais pour la francophonie canadienne, l'asymétrie pour elle-même est sans intérêt. Pour elle, l'asymétrie doit être l'ingrédient qui assure qu'une victoire en faveur du français hors Québec ne puisse avoir une contrepartie au bénéfice de l'anglais au Québec, et inversement. La réconciliation de la francophonie canadienne est à ce prix. Or, l'arrêt *Ford* et le *Renvoi manitobain* de 1993 n'ont jamais pu remplir cet espoir (voir aussi les sous-parties I.B]ii]b] et II.A] i] b] au sujet de ces deux arrêts).

Rappelons que l'arrêt *Ford*, bien qu'il prenne en compte le contexte québécois, a pour conclusion une déclaration d'inconstitutionnalité de la loi 101. Drôle de façon de reconnaître le caractère distinct du Québec, pourrait-on relever. Il confond aussi les articles 1 et 9.1 des chartes canadienne et québécoise qui, bien qu'ils prévoient la possibilité qu'une loi jugée contraire aux droits et libertés puisse trouver une justification sauvegardant ultimement sa validité, sont rédigés dans des termes très différents, respectivement plus stricts et plus larges. L'ouverture de la Cour suprême dans l'arrêt *Ford* a donc d'évidentes limites : elle s'arrête à

¹⁹⁰ *Id.*, 780.

la question du « visage linguistique » (et encore...), et ne s'étend pas à la prétention du Québec de vouloir assurer autrement l'équilibre des droits fondamentaux sur son territoire.

L'arrêt *Ford* demande enfin – s'il pouvait travailler à la réconciliation de la francophonie canadienne dans un litige à venir – que Québec admette l'incompatibilité de la loi 101 avec les chartes des droits (dans une interprétation large des restrictions à être apportées à la souveraineté des provinces, conformément à l'intérêt des minorités françaises) et qu'il plaide ensuite qu'elle se justifie néanmoins « dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Une prise de position en l'occurrence périlleuse pour Québec. La Cour suprême ne s'est jamais servie de l'article premier de la *Charte canadienne* pour épargner la loi 101 d'une déclaration d'inconstitutionnalité.

Le *Renvoi manitobain* de 1993, souvenons-nous, n'est pas plus susceptible de réconcilier la francophonie canadienne. L'ouverture de la Cour suprême est inscrite dans un *obiter dictum*, lui-même fondé sur l'arrêt *Ford*. Cette ouverture ne peut donc qu'entretenir les difficultés déjà observées aux paragraphes précédents. Le *Renvoi* de 1993 est aussi marqué par l'absence totale de considérations asymétriques dans son dispositif. Tout reste à faire, manifestement.

Quoi qu'il en soit, la nouvelle trilogie met fin à tout doute, si doute il y avait. Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* annonce en 1998 que les gains enregistrés par Québec dans l'arrêt *MacDonald* de 1986 s'apprêteraient à être renversés. La politique linguistique québécoise se retrouve ainsi en danger : les tribunaux québécois pourraient bien devoir être institutionnellement bilingues. Puis l'arrêt *Beaulac* de 1999 renverse effectivement l'arrêt *MacDonald* ; l'interprétation des droits linguistiques doit être large « dans tous les cas », sans exception. Légalement, donc, aucun élément ne pointe dans une autre direction¹⁹¹. En 2000, l'arrêt *Arsenault-Cameron* déclare que la prise en considération du contexte énoncé dans le *Renvoi manitobain sur les droits scolaires* de 1993 doit être au bénéfice des minorités officielles, et non de la francophonie canadienne dans son ensemble.

Dans la mesure où l'asymétrie est l'ingrédient qui doit permettre la réconciliation de la francophonie canadienne, force est d'admettre qu'elle n'a toujours pas vu le jour dans la

¹⁹¹ On sait toutefois que le dispositif de l'arrêt *MacDonald*, permettant à chaque acteur judiciaire d'utiliser la langue de son choix français ou anglais, prévaut souvent toujours dans les faits au Québec. La pratique semble contenter à peu près tout le monde pour le moment.

jurisprudence de la Cour suprême. Au tournant des années 2000, on trouve des éléments pointant dans cette direction, mais rien pour permettre la réconciliation. Ce qu'il y a dans l'arrêt *Ford* et le *Renvoi manitobain* de 1993 ne pouvaient résister à la stratégie judiciaire voulant que les droits linguistiques soient interprétés à la lumière des théories de la conception de la politique linguistique canadienne. La Cour suprême y trouve toujours son intérêt.

En 2003 et 2005, trois arrêts relancent le débat. Ils font apparaître le mirage de la société distincte plus réel que jamais. En 2005, la Cour suprême tient même des propos rassurant à l'égard de l'approche québécoise en matière linguistique. Une véritable reconnaissance du caractère distinct du Québec, enfin ? Le chant du cygne, plutôt ? S'il fallait parler en termes de baseball, on dirait qu'il s'agit davantage d'une fausse balle. Après un bel élan, la balle est frappée hors-jeu. La Cour suprême poursuit son œuvre.

- Le plus haut tribunal n'en aurait pas fait moins en contexte québécois

En 2003, la Cour suprême se prononce dans l'affaire *Doucet-Boudreau*¹⁹². Des parents francophones ont intenté une action contre le gouvernement de la Nouvelle-Écosse, qu'ils considèrent comme étant trop lent dans le dossier de la construction d'écoles secondaires françaises. En première instance, le juge impose des délais de construction et fixe une date, soit le 23 mars 2001 à 9 h 30, à laquelle les parties devront revenir devant lui afin de rendre des comptes au sujet de la progression des travaux. En d'autres mots, le juge de première instance rend jugement, mais se déclare toujours saisi de l'affaire.

La Nouvelle-Écosse conteste. Elle ne croit pas que le juge ait le droit d'exiger des comptes après jugement. Devant la Cour suprême, le litige porte sur la nature des réparations qui peuvent être accordées par un tribunal afin d'assurer le respect du droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Le plus haut tribunal rend une décision partagée, 5 juges contre 4.

Les juges majoritaires confirment la décision de première instance : un tribunal peut exiger des comptes après jugement. En donnant ainsi une interprétation large des moyens qui peuvent être déployés « pour garantir que le comportement du gouvernement respecte la

¹⁹² *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse*, [2003] 3 R.C.S. 3.

Charte [canadienne] », les juges majoritaires voient à accroître les pouvoirs des tribunaux¹⁹³. La *Charte canadienne* permet de rendre « des ordonnances convenables et justes afin de remédier à des violations ou négations de droits »¹⁹⁴. Les tribunaux doivent disposer de la marge de manœuvre pour le faire, de dire les cinq juges, au risque même de transgresser un principe comme la séparation des pouvoirs entre le judiciaire et l'exécutif. Pour accroître le pouvoir judiciaire, les juges majoritaires sont prêts à aller jusque-là.

Il faut préciser que la Cour suprême se prononce eu égard aux faits particuliers de l'affaire *Doucet-Boudreau*. Le taux d'assimilation des francophones de la Nouvelle-Écosse atteint, selon la preuve, « un seuil critique ». Dans les circonstances, « l'érosion culturelle » se trouve favorisée par les hésitations du gouvernement provincial à construire des écoles¹⁹⁵. Et avec le temps, il pourrait bien ne plus être nécessaire de poursuivre les travaux ; la communauté francophone ne satisfaisant plus le critère du nombre suffisant. Les juges majoritaires le notent : « Si les atermoiements sont tolérés, l'omission des gouvernements d'appliquer avec vigilance les droits garantis par l'art. 23 [de la *Charte canadienne*] leur permettra éventuellement de se soustraire aux obligations que leur impose cet article. »¹⁹⁶

Ajoutons aussi que les juges majoritaires, qui confirment le pouvoir d'un tribunal d'exiger des comptes après jugement, soulignent le contexte d'une jurisprudence retenant une interprétation symétrique des droits linguistiques. Car on peut plus facilement s'attendre de la Nouvelle-Écosse qu'elle connaisse ses obligations constitutionnelles si un jugement prononcé dans une affaire albertaine, par exemple, lui est déjà en principe applicable. L'affaire *Doucet-Boudreau* devient ainsi une redite, et il apparaît plus nécessaire d'exiger des comptes sur la progression des travaux étant donné qu'une province semble se traîner les pieds. Les juges majoritaires l'écrivent : « Des parents comme les appelants ne devraient pas avoir à solliciter continuellement des jugements déclaratoires réitérant, pour l'essentiel, celui rendu dans l'arrêt *Mahé*. [...] L'arrêt *Mahé* s'adresse à tous les gouvernements provinciaux et territoriaux. »¹⁹⁷

¹⁹³ *Id.*, 22.

¹⁹⁴ *Id.*, 36.

¹⁹⁵ *Id.*, 26.

¹⁹⁶ *Id.*

¹⁹⁷ *Id.*, 42.

À n'en pas douter, la Cour suprême rendrait exactement la même décision en contexte québécois. Pas d'asymétrie à l'horizon, donc. Il est vrai, les anglophones du Québec ne font face ni à l'assimilation linguistique ni à l'érosion culturelle. Mais si un gouvernement québécois devait tarder trop longtemps à rendre disponible l'instruction primaire ou secondaire en anglais dans une région du Québec (ce qui n'est jamais arrivé), la Cour suprême interviendrait à coup sûr. Il est impensable que le contexte québécois puisse convaincre le plus haut tribunal d'adopter une approche déférente à l'égard d'un gouvernement du Québec qui se traînerait les pieds comme la Nouvelle-Écosse dans l'affaire *Doucet-Boudreau*. Inconcevable, même.

D'ailleurs, le pouvoir judiciaire s'est particulièrement démarqué par le passé lorsqu'il lui est apparu que Québec contrevenait clairement (à ses yeux) à ses obligations constitutionnelles en matière linguistique. On s'en souvient : les affaires *Blaikie* (la requête est déposée en 1977 devant le tribunal de première instance, le jugement final de la Cour suprême est rendu en 1979) et *Quebec Protestant School Boards* (la requête est déposée en 1982 devant le tribunal de première instance, le jugement final de la Cour suprême est rendu en 1984) sont montées jusqu'à la Cour suprême du Canada dans les deux ans.

Dans l'arrêt *Doucet-Boudreau*, les juges minoritaires veulent autant protéger le pouvoir judiciaire que leurs confrères majoritaires. Mais ils s'y prennent autrement. Selon eux, « [l] » intervention judiciaire doit cesser dès que le juge rend un jugement final dans l'affaire dont il est saisi »¹⁹⁸. Pourquoi ? Parce que certains principes doivent être respectés, à savoir l'équité procédurale, la séparation des pouvoirs, le caractère définitif des décisions, la sécurité juridique, etc. Aussi parce qu'il est plus avisé pour le juge de rester sur son terrain traditionnel, là où il peut pleinement agir sans risquer de s'attirer la foudre des autres acteurs juridiques. Les tribunaux doivent « éviter de se transformer en gestionnaires de la fonction publique »¹⁹⁹.

Les juges minoritaires mentionnent que l'audition en compte rendu du 23 mars 2001 à 9 h 30 témoigne des limites que doit s'imposer le pouvoir judiciaire. Lors de cette audition, notent les quatre juges, les parties ne semblaient pas vraiment savoir à quoi s'attendre. Même le

¹⁹⁸ *Id.*, 52.

¹⁹⁹ *Id.*

juge de première instance se questionnait sur la nature et la portée de son action. Selon les juges minoritaires, un tel contexte est propice aux accrocs à l'équité procédurale.

De même, les réparations qui peuvent être accordées par un tribunal afin d'assurer le respect du droit à l'instruction dans la langue de la minorité ne doivent pas mener au « bouleversement du système judiciaire canadien ». « À notre avis, la réparation accordée par le juge de première instance mine le rôle que les tribunaux doivent jouer dans notre ordre constitutionnel et perturbe inutilement l'équilibre entre les trois branches du gouvernement », écrivent-ils²⁰⁰. Ils plaident pour « un esprit de coopération, plutôt que de confrontation » entre ces trois branches²⁰¹. Or, en exigeant des comptes après jugement, le juge de première instance s'est trouvé à mettre de la pression sur le gouvernement, ce qui devrait relever des autres acteurs politiques, croient les juges minoritaires de la Cour suprême.

La retenue que doit s'imposer le juge relève aussi du constat que l'exécutif ou le législatif peuvent être mieux outillés pour prendre certaines décisions. Donc, au judiciaire d'énoncer des principes, et à l'exécutif ou au législatif de choisir la meilleure façon d'atteindre les objectifs parmi un « éventail de choix » possibles²⁰². Les minoritaires ne font ainsi que défendre l'idée selon laquelle les tribunaux doivent élaborer de grands principes uniformes donnant à chaque province une marge de manœuvre dans l'application du droit à l'instruction dans la langue de la minorité.

En somme, l'arrêt *Doucet-Boudreau* n'aide en rien la réconciliation de la francophonie canadienne. Deux ans plus tard, en 2005, la Cour suprême se prononce dans l'affaire *Solski*, qui met justement en scène un nouvel affrontement entre les minorités françaises et le procureur général du Québec. Il s'agit du sixième épisode d'un feuilleton qui dure depuis plus de 25 ans (après les affaires *Blaikie* [1979 et 1981], *MacDonald* [1986], *Mahé* [1990] et le *Renvoi manitobain* de 1992). Le plus haut tribunal attire l'attention sur le contexte québécois, mais confirme la nature symétrique des droits linguistiques en orientant partout ses motifs en fonction de leurs conséquences prévisibles pour les francophones hors Québec. Une affaire plutôt simple donne ainsi un jugement assez complexe.

²⁰⁰ *Id.*, 64.

²⁰¹ *Id.*, 65.

²⁰² *Id.*, 69.

- La Cour suprême prend en compte le contexte québécois dans une approche symétrique

Dans l'affaire *Solski*, des parents, qui souhaitent inscrire leurs enfants dans une école publique anglaise du Québec, attaquent la constitutionnalité de la loi 101, qui les oblige à inscrire ceux-ci dans une école de langue française²⁰³. La loi 101 réserve l'école de langue anglaise notamment aux enfants dont le dossier scolaire démontre qu'ils ont reçu la « majeure partie » de leur instruction en anglais²⁰⁴. La *Charte canadienne*, elle, garantit le droit à la continuité d'emploi de la langue d'instruction sans mentionner une quelconque exigence de « majeure partie ».

Québec défend la loi 101 en plaidant que le législateur québécois peut définir le droit à l'instruction dans la langue de la minorité prévu dans la *Charte canadienne* en y ajoutant le critère de la « majeure partie » ; le contexte particulier du Québec y est pour quelque chose. Six associations représentant les intérêts des minorités francophones interviennent pour s'opposer à la position défendue par le procureur général du Québec. C'est le cas, par exemple, de l'Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques et de l'Association des conseillers(ères) des écoles publiques de l'Ontario.

Dans un mémoire commun, ces deux dernières intervenantes affirment être en « profond désaccord » avec la position du gouvernement québécois²⁰⁵. Alors que Québec plaide qu'il faut « interpréter [le droit à l'instruction dans la langue de la minorité prévu dans la *Charte canadienne*] en tenant compte du contexte particulier du Québec », celles-ci soutiennent plutôt qu'il ne faut surtout pas qu'il en soit ainsi. « Au contraire », selon elles, ce qu'il faut, c'est « imposer des balises nationales [pancanadiennes] en matière d'éducation dans la

²⁰³ *Solski (Tuteur) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14.

²⁰⁴ Le critère de la « majeure partie » est utilisé pour mesurer – dans les cas où une demande d'accès à l'école de langue anglaise suit un déménagement au Québec (à partir du reste du Canada) ou est faite pour valider un changement de réseau scolaire au Québec – le lien institutionnel de l'enfant avec la langue anglaise ou avec la langue française. La loi 101 réserve l'école de langue anglaise notamment aux enfants dont le parcours scolaire démontre qu'ils ont davantage de lien avec la langue anglaise.

²⁰⁵ ASSOCIATION FRANCO-ONTARIENNE DES CONSEILS SCOLAIRES CATHOLIQUES et ASSOCIATION DES CONSEILLERS (ÈRES) DES ÉCOLES PUBLIQUES DE L'ONTARIO, *Mémoire*, déposé dans l'affaire *Solski (Tuteur) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, 9 février 2004, p. 13.

langue de la minorité »²⁰⁶. En conséquence, elles prétendent que les dispositions de la loi 101 « portent atteinte » à la *Charte canadienne*²⁰⁷.

Ce que ces intervenantes réclament dans l'affaire *Solski*, ce n'est ni plus ni moins, comme le note une auteure dans une étude traitant des interventions passées, que « la nécessité d'une application symétrique des droits linguistiques dans tout le Canada »²⁰⁸. Ces intervenantes inscrivent donc leur action dans une suite de précédents. Grâce à « une logique de l'égalité des droits et de la parité avec les anglophones du Québec »²⁰⁹, grâce donc à une intervention contre la loi 101 pour voir au recul de son champ d'application (bien qu'elles s'en défendent mollement plus loin, on y vient), elles souhaitent un accroissement de leur propre autonomie institutionnelle.

Plus concrètement, selon ces deux intervenantes, la loi 101 viole le droit à l'instruction dans la langue de la minorité puisque, comme ce dernier comprend le droit de gestion et de contrôle des écoles depuis que la Cour suprême l'a déclaré en 1990 dans l'arrêt *Mahé*, il doit en outre inclure « le pouvoir [...] de décider de l'admissibilité des élèves aux écoles de la minorité linguistique »²¹⁰. Autrement dit, ce pouvoir, que détiennent présentement les provinces (comme Québec, qui l'exerce en ajoutant dans la loi 101 le critère de la « majeure partie »), les intervenantes le réclament maintenant pour elles, pour les institutions des minorités officielles. Elles veulent donc ajouter une nouvelle limite à la compétence exclusive des provinces en matière d'éducation.

Mais leur plaidoirie ne s'arrête pas là. Car la *Charte canadienne* contient un mécanisme général qui permet à un gouvernement dont la loi est jugée être en violation d'un droit protégé par le document constitutionnel de présenter une preuve visant à l'épargner d'une déclaration

²⁰⁶ *Id.*, p. 12.

²⁰⁷ *Id.*, p. 2. Les quatre autres intervenantes s'opposent tout autant à la position défendue par le procureur général du Québec : d'une part, la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada et la Fédération des associations de juristes d'expression française de common law inc., dans un mémoire commun, et d'autre part, la Fédération nationale des conseillères et conseillers scolaires francophones et la Commission nationale des parents francophones, aussi dans un mémoire commun.

²⁰⁸ Marie-Ève HUDON, *Le fédéralisme asymétrique et les communautés francophones en situation minoritaire au Canada*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2004, p. 4.

²⁰⁹ *Id.*, p. 8.

²¹⁰ ASSOCIATION FRANCO-ONTARIENNE DES CONSEILS SCOLAIRES CATHOLIQUES et ASSOCIATION DES CONSEILLERS (ÈRES) DES ÉCOLES PUBLIQUES DE L'ONTARIO, *Mémoire*, déposé dans l'affaire *Solski (Tuteur) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, 9 février 2004, p. 2.

d'inconstitutionnalité (c'est l'article premier de la *Charte canadienne*). Le gouvernement en question doit alors faire la démonstration suivante : bien qu'elle viole un droit de la *Charte canadienne*, sa loi ne doit pas être déclarée inconstitutionnelle, puisque la violation respecte des limites « raisonnables » qui se justifient « dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

Ainsi, les intervenantes ajoutent dans leur mémoire qu'elles sont d'avis « que le Québec est la seule province où il *pourrait* être justifié, dans une société libre et démocratique, de restreindre un droit accordé à une collectivité de langue officielle minoritaire au profit de l'intérêt de la collectivité de langue officielle majoritaire » (italiques ajoutés)²¹¹. C'est donc en toute dernière analyse, et au conditionnel présent que la loi 101 peut être, selon elles, sauvée d'une déclaration d'inconstitutionnalité²¹².

Mais pour y arriver, poursuivent les deux intervenantes, Québec ne doit pas uniquement passer un test de « raisonabilité » comme l'indiquent les termes de la *Charte canadienne* (son article premier énonce que les droits « ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient *raisonnables* » [italiques ajoutés]). Non, car bien que les intervenantes se prononcent dans un cas québécois, leur postulat symétrique les oblige à prévoir directement les conséquences de leur intervention pour leurs propres droits dans les provinces où les francophones sont minoritaires. En conséquence, selon elles, Québec doit prouver (ou toute autre province, considérant le postulat symétrique) « que la minorité de langue officielle d'une juridiction *menace* la survie de la majorité de langue officielle de la même juridiction » (italiques ajoutés)²¹³. Les intervenantes lancent un défi au Québec, un défi plus grand que celui que pouvait anticiper Québec considérant le test de « raisonabilité » de la *Charte canadienne*²¹⁴. Mais, en toute « égalité » et « parité », c'est aussi un défi qu'elles lancent à toutes les provinces, symétriquement.

²¹¹ *Id.*

²¹² En revanche, les quatre autres intervenantes semblent plus préoccupées par l'importance pour le Québec et la francophonie de voir au maintien de la constitutionnalité de la loi 101 advenant qu'elle soit jugée contraire au droit à l'instruction dans la langue de la minorité prévu dans la *Charte canadienne*. Elles font preuve d'un peu plus de vigueur à cette étape.

²¹³ ASSOCIATION FRANCO-ONTARIENNE DES CONSEILS SCOLAIRES CATHOLIQUES et ASSOCIATION DES CONSEILLERS (ÈRES) DES ÉCOLES PUBLIQUES DE L'ONTARIO, *Mémoire*, déposé dans l'affaire *Solski (Tuteur) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, 9 février 2004, p. 20.

²¹⁴ Dans la controverse provoquée par l'échange Rémillard-Bouchard à l'été 1988, la chroniqueuse du quotidien *The Gazette* Gretta Chambers plaidait justement que le Québec français n'était aucunement menacé

Cela dit, dans l'arrêt *Solski*, la Cour suprême ne donne complètement raison ni au procureur général du Québec ni aux intervenantes représentant les intérêts des minorités francophones. Analysons cette décision.

La Cour suprême reprend d'abord plusieurs éléments plaidés par Québec. Elle souligne par exemple de nombreuses façons la spécificité du contexte québécois, et ce, en insistant comme jamais auparavant. Ainsi, le Québec n'est pas seulement une province, admet-elle. Il est aussi le territoire où se concentre la principale minorité du Canada :

Elles [ces questions linguistiques] mettent aussi inéluctablement en cause la perception que la communauté francophone du Québec a de son avenir au Canada, puisque, majorité au Québec, elle se trouve minoritaire au Canada et encore davantage dans l'ensemble nord-américain.

[...]

[N]otre Cour s'est montrée sensible aux inquiétudes et à la dynamique linguistique du Québec, où se trouve concentrée la majorité des membres de la minorité francophone du Canada.²¹⁵

La Cour suprême reprend également un long passage de son *Renvoi relatif à la sécession du Québec* publié en 1998. L'existence du Québec devient en soi le témoignage de la marge de manœuvre que cette province doit jouir dans le cadre fédéral canadien :

Le principe du fédéralisme *facilite la poursuite d'objectifs collectifs par des minorités culturelles ou linguistiques qui constituent la majorité dans une province donnée*. C'est le cas au Québec, où la majorité de la population est francophone et qui possède une culture distincte. Ce n'est pas le simple fruit du hasard. La réalité sociale et démographique du Québec explique son existence comme entité politique et a constitué, en fait, une des raisons essentielles de la création d'une structure fédérale pour l'union canadienne en 1867. Tant pour le Canada-Est que pour le Canada-Ouest [le Québec et l'Ontario, fusionnés au temps de l'*Acte d'Union*], l'expérience de l'*Acte d'Union, 1840 (R.-U.)*, 3-4 Vict., ch. 35, avait été insatisfaisante. La structure fédérale adoptée à l'époque de *la Confédération a permis aux Canadiens de langue française de former la majorité numérique de la population de la province du Québec, et d'exercer ainsi les pouvoirs provinciaux considérables que conférait la Loi constitutionnelle de 1867 de façon à promouvoir leur langue et leur culture*. Elle garantissait également une certaine représentation au Parlement fédéral lui-même. (italiques ajoutés)²¹⁶

par le projet de loi C-72 sur les langues officielles, interprétation asymétrique ou non (Gretta CHAMBERS, « The price of Canada is two languages », *The Gazette*, Montréal, 14 juillet 1988, p. B3).

²¹⁵ *Solski (Tuteur) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, par. 5 et 7.

²¹⁶ *Id.*, par. 6.

Le plus haut tribunal note enfin que le constituant canadien lui-même a pris en compte la situation particulière du Québec lorsqu'il a ajouté une clause d'adhésion dans la *Loi constitutionnelle de 1982* afin de suspendre l'application en territoire québécois d'un sous-paragraphe du droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Ainsi, il y a en principe dans la *Charte canadienne* des droits « identiques » ou « uniformes » applicables partout au Canada, mais ce principe « connaît une atténuation importante dans le cas du Québec »²¹⁷.

Bref, inutile d'insister davantage : la Cour suprême souligne le contexte particulier du Québec.

Vient ensuite l'histoire législative. Donc, l'histoire législative vient après la prise en compte du contexte québécois. Autrement dit, ce n'est que dans un deuxième temps que la Cour suprême va plus loin que de simplement constater qu'il existe par exemple une clause d'adhésion dans la *Loi constitutionnelle de 1982* qui distingue le Québec des autres provinces. À trois reprises, et après la prise en compte du contexte québécois (au risque de se répéter), la Cour suprême s'attarde aux « discussions » et aux « négociations » entourant le rapatriement constitutionnel de 1982, aux « rédacteurs » de la loi constitutionnelle et aux commentaires du « ministre de la Justice de l'époque, l'honorable Jean Chrétien ».

À la première de ces trois occasions, la Cour suprême regarde derrière le texte du droit à l'instruction dans la langue de la minorité : « Le texte actuel de l'art. 23 [de la *Charte canadienne*] témoigne indubitablement des difficultés éprouvées *au cours des discussions et des négociations* qui ont précédé le rapatriement de la Constitution canadienne en 1982. » (italiques ajoutés)²¹⁸ Derrière ce texte, note le plus haut tribunal, il n'y a pas que le contexte québécois, qui était « un fait connu ». Il y a surtout les demandes des minorités officielles, auxquelles « on ne pouvait rester sourd » et qu'il était « impossible d'ignorer ». La Cour suprême poursuit ainsi au sujet des « discussions et des négociations » :

Dans l'élaboration de ces droits constitutionnels, *on ne pouvait rester sourd* aux demandes des francophones hors Québec visant la reconnaissance d'une égalité réelle dans le domaine de l'éducation. Il était aussi *impossible d'ignorer* les inquiétudes de la minorité anglophone du Québec à la suite des conflits linguistiques survenus à partir de la « Révolution tranquille » et ayant culminé avec l'adoption de la *CLF*. Enfin, l'anxiété d'une partie importante des francophones québécois à l'égard de

²¹⁷ *Id.*, par. 8.

²¹⁸ *Id.*, par. 9.

l'avenir de leur langue était *un fait connu*, ne serait-ce qu'en raison des perturbations qu'elle engendrait dans la vie politique canadienne et encore davantage dans celle du Québec. (italiques ajoutés)²¹⁹

Résultat de ce plongeon dans l'histoire législative : il n'y a qu'un seul article pour régler la question de l'instruction dans la langue de la minorité au Canada ; une « solution à une règle unique », dirait le juriste Joseph Eliot Magnet. Pas deux articles, pas trois (pour prendre en compte ce qu'on devait entendre, ce qu'on ne pouvait ignorer et ce qui était connu), mais un seul. Et cet article unique est rédigé pour tout le Canada.

Et après l'histoire législative, à la fin du même paragraphe de sa décision dans l'arrêt *Solski*, la Cour suprême ajoute qu'elle-même sait prendre en considération le contexte québécois. Elle cite l'arrêt *Ford* à cet effet :

Notre Cour a d'ailleurs reconnu l'existence de cette crainte des francophones québécois de voir disparaître leur langue maternelle, lorsqu'elle a procédé, en vertu de l'article premier de la Charte canadienne, à une analyse de la preuve soumise par les parties pour démontrer l'existence d'un objectif important et légitime de la loi sur la langue d'affichage (*Ford*, p. 778).²²⁰

Lorsqu'elle se penche une deuxième fois sur l'histoire législative, la Cour suprême insiste sur le fait que la *Charte canadienne* prévoit une « solution à une règle unique ». Elle cite aussi en renfort son arrêt *Quebec Protestant School Board* rendu en 1984 :

Les droits à l'instruction dans la langue de la minorité consacrés à l'art. 23 [de la *Charte canadienne*] ont une portée nationale et un caractère réparateur. Au moment où cette disposition a été adoptée, ses rédacteurs connaissaient et considéraient comme étant inadéquats les divers régimes applicables aux minorités linguistiques anglophones et francophones du Canada. L'article 23 était destiné à offrir une solution uniforme qui permettrait de combler les lacunes de ces régimes. Comme la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Quebec Association of Protestant School Boards*, p. 79-80, relatif à la constitutionnalité des dispositions en matière d'enseignement contenues dans la *CLF* :

Sans doute est-ce un régime général que le constituant a voulu instaurer au sujet de la langue de l'enseignement par l'art. 23 de la Charte [canadienne] et non pas un régime particulier pour le Québec. Mais, vu l'époque où il a légiféré, et vu surtout la rédaction de l'art. 23 de la Charte [canadienne] lorsqu'on la compare à celle des art. 72 et 73 de la *Loi 101*, il saute aux yeux que le jeu combiné de ces deux derniers articles est apparu au constituant comme un archétype des régimes à réformer ou que du moins il fallait affecter

²¹⁹ *Id.*

²²⁰ *Id.*

et qu'il lui a inspiré en grande partie le *remède prescrit pour tout le Canada* par l'art. 23 de la Charte [canadienne]. (italiques ajoutés)²²¹

Et après l'histoire législative, encore une fois à la fin du même paragraphe de sa décision dans l'arrêt *Solski*, la Cour suprême ajoute encore qu'elle-même sait prendre en considération le contexte québécois. Mais ce contexte québécois est subordonné au fait que l'article 23 de la *Charte canadienne* a un « caractère national » et qu'il est « uniforme ». Il est pris en compte dans un deuxième temps, sur le ton suivant : il « n'est pas pour autant dépourvu de pertinence ». La Cour suprême écrit :

En raison du *caractère national* de l'art. 23, la Cour a interprété les droits qu'il confère de façon *uniforme* pour toutes les provinces : [arrêts] *Quebec Association of Protestant School Boards* [1984]; *Mahé* [1990]; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)* [*Renvoi manitobain sur les droits scolaires* de 1993]; *Arsenault-Cameron* [2000]; *Doucet-Boudreau* [2003]. Cependant, *le contexte historique et social propre à chaque province n'est pas pour autant dépourvu de pertinence* ; il faut en tenir compte dans l'examen des approches adoptées par les provinces pour appliquer ces droits [dont le caractère est national et uniforme] et dans les cas où une justification au sens de l'article premier de la Charte canadienne est nécessaire : *Ford*, p. 777-781. (italiques ajoutés)²²²

Lorsque la Cour suprême se penche une troisième et dernière fois sur l'histoire législative, c'est pour citer des propos tenus par l'ancien ministre de la Justice Jean Chrétien lors de l'ouverture des débats sur le projet de rapatriement le 6 octobre 1980 à la Chambre des communes à Ottawa. Chrétien parle alors de droits symétriques créant une réciprocité entre la protection de l'anglais au Québec et le français dans le reste du Canada :

L'opinion de ce gouvernement [le gouvernement de Pierre Elliott Trudeau], monsieur le président, est à l'effet que de tels droits doivent être protégés par la Constitution, parce qu'ils sont essentiels à la nature même du Canada. Si l'on enlève le droit à l'instruction dans la langue de la minorité, l'on met sérieusement en danger le droit d'avoir un emploi n'importe où au Canada. *Les Canadiens de langue anglaise qui viennent s'installer au Québec* veulent avoir le droit d'envoyer leurs enfants dans une école où la langue d'instruction est l'anglais [...].

De même, les Canadiens de langue française ne veulent pas s'installer dans d'autres régions du Canada à moins qu'ils ne puissent envoyer leurs enfants dans une école où l'instruction est offerte dans leur langue. La seule façon de remédier à cette situation est de garantir ces droits dans la Constitution. D'ailleurs, sans une garantie

²²¹ *Id.*, par. 21.

²²² *Id.*

des droits à l’instruction dans la langue de la minorité, il ne peut y avoir entière liberté de circulation et d’établissement. (italiques ajoutés)²²³

En somme, selon la Cour suprême, l’histoire législative enseigne que les rédacteurs de la *Charte canadienne* ont voulu une « solution à une règle unique » pour les minorités officielles, dont la portée est « nationale » et « uniforme ». Et ce n’est que dans un deuxième temps, après la prise en compte de cette histoire législative, que la Cour suprême annonce qu’elle peut jeter un regard sur le contexte québécois (elle peut semblablement reconnaître d’emblée la spécificité de la situation du Québec, sans pour autant que le constat ne se répercute dans le *ratio* de sa décision).

En d’autres mots, le plus haut tribunal répète ce qu’il dit depuis ses premières décisions portant sur le droit à l’instruction dans la langue de la minorité : aux mêmes principes symétriques applicables partout au Canada, il sera possible pour chaque province d’adopter différentes solutions, mais dans la mesure seulement où ces principes symétriques sont respectés²²⁴. C’est ce qui explique l’arrêt *Solski* : la Cour suprême souligne remarquablement le contexte particulier du Québec, puis elle se met ensuite à discuter de la *Charte canadienne* comme si son propos concernait les francophones hors Québec (on y vient). Ce qui témoigne indéniablement de la nature symétrique du droit à l’instruction dans la langue de la minorité ; l’interpréter en contexte québécois c’est aussi l’interpréter pour le reste du Canada.

²²³ *Id.*, par. 30.

²²⁴ Une auteure note que la Cour suprême ne s’appuie pas sur les mêmes principes selon que le droit à l’instruction dans la langue de la minorité émane d’une affaire qui vient du Québec ou du reste du Canada (Stéphanie CHOUNARD, *La question de l’autonomie des francophones hors Québec : Trois décennies d’activisme judiciaire en matière de droits linguistiques au Canada*, thèse de doctorat, Université d’Ottawa, Faculté des Sciences sociales, École d’études politiques, 2016, p. 254 à 292). Traitant d’une affaire québécoise, la Cour insisterait sur le droit de l’individu (par exemple le principe d’unicité de la famille, donnant aux frères et sœurs la garantie d’accès au même système scolaire). Abordant une affaire mettant en cause des francophones hors Québec, le plus haut tribunal s’arrêterait davantage au caractère réparateur du droit et sur sa portée collective (par exemple le droit de gestion et de contrôle des écoles). Ce phénomène ne surprend pas. Car on imagine mal la Cour suprême citer une panoplie de principes qui n’aideraient en rien à trouver une réponse aux questions de l’espèce. Selon les faits de chaque affaire, différents principes peuvent être plus pertinents et d’autres moins, et les motifs de la Cour sont rédigés en conséquence (voir à ce sujet Martin NORMAND, « De l’arène politique à l’arène juridique : les communautés francophones minoritaires au Canada et la *Charte canadienne des droits et libertés* », dans François ROCHER et Benoît PELLETIER [dir.], *Le nouvel ordre constitutionnel canadien : du rapatriement de 1982 à nos jours*, Québec, Presses de l’Université du Québec, 2013, p. 179, aux pages 192 et 193). Il reste que tous les principes peuvent trouver applications partout (par exemple, justement, le principe d’unicité de la famille et le droit de gestion et de contrôle). Il devient alors évident que le Québec et les minorités françaises ont intérêt à voir à leur évolution en fonction de leurs intérêts propres, quitte à s’affronter devant la Cour suprême lorsque l’un et l’autre jugent qu’un de ces principes a une incidence pour eux.

Alors, il ne faut pas confondre le fait de prendre en compte le contexte québécois et l'existence d'une interprétation asymétrique. L'un (le contexte) ne va pas nécessairement avec l'autre (l'asymétrie). La preuve : dans l'arrêt *Solski*, la Cour suprême prend en considération le contexte particulier du Québec dans une approche symétrique.

La Cour suprême dit que « [1] » *application* de l'art. 23 est contextuelle » (italiques ajoutés). Cette application « doit tenir compte des disparités très réelles qui existent entre la situation de la communauté linguistique minoritaire du Québec et celle des communautés linguistiques minoritaires des territoires et des autres provinces ». La Cour suprême ajoute : « Le gouvernement provincial [celui du Québec] appelé à légiférer en matière d'éducation doit disposer de la latitude suffisante pour assurer la protection de la langue française », mais « tout en respectant les objectifs de l'art. 23 »²²⁵. On peut traduire ces passages ainsi : les mêmes principes symétriques partout, une marge pour chaque province dans l'application de ces mêmes principes symétriques.

On insiste sur cette dernière réalité (les mêmes principes symétriques partout) parce que l'arrêt *Solski* est incompréhensible s'il n'est pas abordé avec elle en tête. C'est pour cette raison que la Cour suprême se met, malgré la prise en compte du contexte québécois (qui pourrait mener à penser que l'asymétrie est un fait avéré), à parler aux francophones hors Québec (et à intégrer conséquemment le contexte québécois dans une approche symétrique). Cette thèse a été développée pour la première fois par la politologue Emmanuelle Richez dans un article paru en 2015 dans la revue *Osgood Hall Law Journal*²²⁶.

Donc, le plus haut tribunal annonce que Québec doit ouvrir la porte des écoles de langue anglaise à des non-anglophones. Il dit aussi qu'il n'a que faire du projet défendu par la loi 101, c'est-à-dire élever le français au rang de langue de convergence au Québec. Pourquoi ? Parce que les minorités françaises ont besoin d'une porte ouverte pour que certains francophones assimilés, anglophones (francophiles) et immigrants allophones puissent y entrer. Il en va, dans certaines régions du Canada, du maintien des institutions françaises hors Québec (sans ces possibles nouvelles entrées, elles pourraient devoir fermer, faute

²²⁵ *Solski (Tuteur) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, par. 34.

²²⁶ Emmanuelle RICHEZ, « Losing Relevance : Quebec and the Constitutional Politics of Language » (2014-2015) 52 *Osgoode Hall L.J.* 191.

d'effectifs). Pour protéger les minorités françaises, il faut pratiquer une brèche supplémentaire dans le projet défendu par la loi 101 au Québec :

*Cependant, de nombreuses personnes remplissent les conditions requises par l'art. 23 [de la Charte canadienne] sans appartenir à la minorité, même les francophones hors Québec qui ont choisi de faire instruire leurs enfants en anglais. À cet égard, même si, en définitive, l'art. 23 vise la protection et l'épanouissement des communautés linguistiques minoritaires, le par. 23(2) [le deuxième paragraphe de l'article 23 de la Charte canadienne] s'applique, indépendamment de la possibilité que les parents ou les enfants admissibles ne soient pas francophones ou anglophones ou qu'ils ne parlent pas ces langues à la maison. Les conditions qui doivent être remplies en vertu de l'art. 23 reflètent le fait que les néocanadiens décident notamment d'adopter l'une ou l'autre langue officielle [du Canada], ou les deux à la fois, en tant que participants au régime linguistique canadien. (italiques ajoutés)*²²⁷

La Cour suprême poursuit en disant qu'il faut interpréter l'article 23 de la *Charte canadienne* de façon à permettre à un enfant membre de la minorité officielle de réintégrer les écoles de la minorité dans les cas où il en aurait été isolé faute d'institutions minoritaires dans sa région. Manifestement, la Cour parle ici, dans l'affaire *Solski* qui concerne le Québec, de la situation des minorités françaises dans certaines régions du Canada. Car cette considération de réintégration après isolement n'a rien à voir avec le contexte québécois (où tous les membres de la communauté anglophone ont accès à l'école de langue anglaise, et où ceux-ci ne vivent pas l'isolement classique du francophone minoritaire au Canada). Cette considération n'a pas même rapport avec les faits de l'affaire *Solski*. Voici ce qu'écrit la Cour suprême :

En fait, il faut souligner là encore que, pour être admissibles sous le régime de l'art. 23, les enfants n'ont pas à posséder une connaissance pratique de la langue de la minorité ni à appartenir à un groupe culturel identifié à cette langue. Cet article est une disposition réparatrice. Dans des arrêts antérieurs, notre Cour a tenu à préciser que *l'art. 23 doit être interprété de manière à faciliter la réintégration, dans la communauté culturelle que l'école de la minorité est censée protéger et contribuer à épanouir, des enfants qui ont été isolés de cette communauté.* (italiques ajoutés)²²⁸

²²⁷ *Solski (Tuteur) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, par. 31. La version anglaise de ce paragraphe de l'arrêt *Solski* va comme suit : « Nevertheless, many persons qualify under s. 23 without being "of the minority", even Francophones in provinces other than Quebec who have chosen English education for their children. In this respect, s. 23(2) applies without regard to the fact that qualified parents or children may not be French or English, or may not speak those languages at home, despite the fact that the ultimate goal of s. 23 is to protect and promote minority language communities. The conditions for qualification under s. 23 reflect the fact that new Canadians in particular will decide to adopt one or the other official languages, or both, as participants in the Canadian language regime. »

²²⁸ *Id.*, par. 33. Cette considération visant les minorités françaises, quant à la réalité de régions où l'instruction dans la langue de la minorité officielle n'est pas offerte ou quant à la place qu'il faut accorder à la réintégration d'enfants ayant été isolés de leur langue et de leur culture, est répétée aux paragraphes 43 et 44

C'est à la lumière de ces considérations visant les francophones hors Québec que la décision prise dans l'affaire *Solski* prend tout son sens. La Cour suprême valide la loi 101 – elle confirme sa compatibilité avec la *Charte canadienne* – mais seulement après lui avoir donné « une interprétation atténuante » pour qu'elle « reste dans le champ des mesures autorisées » par la Constitution²²⁹. Car avant que le gouvernement du Québec puisse valablement rejeter une demande d'admissibilité à l'école de langue anglaise, il faut qu'il évalue si le dossier de l'enfant contient la preuve d'un « engagement authentique à cheminer dans la langue d'enseignement de la minorité », c'est-à-dire la preuve d'une « intention réelle d'adopter cette langue d'enseignement plutôt que l'autre »²³⁰.

La loi 101 ne peut donc réserver l'école de langue anglaise à ses seuls héritiers, à savoir les membres de la communauté anglo-québécoise. Car ce faisant, elle « manque de souplesse »²³¹. Puisque la *Charte canadienne* « reflète le fait que les néocanadiens décident notamment d'adopter l'une ou l'autre langue officielle [du Canada], ou les deux à la fois », la loi 101 doit intégrer, jusqu'à un certain point, cette idée. Le critère de la « majeure partie » est constitutionnel. Mais dans la mesure seulement où Québec évalue le dossier de l'enfant pour qui une demande d'accès à l'école de langue anglaise a été faite en prenant en compte un paquet d'éléments mesurant l'honnêteté de la démarche d'intégration à la communauté anglo-québécoise.

Mesurer quantitativement le temps passé à l'école de langue française et le temps passé à l'école de langue anglaise pour déterminer si l'enfant a passé la « majeure partie » de son temps à l'école de langue anglaise est insuffisant, juge la Cour suprême. L'intention

dans l'arrêt *Solski*. « En examinant la situation qui existe dans une province autre que le Québec, il faut se rappeler qu'il se pourrait que des parents assimilés aient envoyé leur enfant à l'école de la majorité linguistique et que, dans la dernière portion du cheminement scolaire de l'enfant, ils se soient ravisés et l'aient inscrit à l'école de la minorité linguistique pour l'aider à réintégrer la communauté linguistique minoritaire et à en adopter la culture. Il se peut que l'enfant ait disposé d'un programme d'enseignement dans la langue de la minorité pendant tout son cheminement scolaire, mais que le choix de l'y inscrire ne soit devenu viable que lorsque les parents assimilés ont décidé de l'aider à rétablir des liens avec la communauté linguistique minoritaire et sa culture. Dans ce contexte, l'objet réparateur du par. 23(2) [le deuxième paragraphe de l'article 23 de la Charte canadienne] entre en jeu et, comme nous l'avons vu, le droit qu'il garantit doit être interprété de manière à faciliter la réintégration, dans la communauté culturelle que l'école de la minorité est censée protéger et contribuer à épanouir, des enfants qui ont été isolés de cette communauté. » (italiques ajoutés) (*id.*, par. 44)

²²⁹ *Id.*, par. 36.

²³⁰ *Id.*, par. 39.

²³¹ *Id.*, par. 37.

« authentique » ou honnête d'intégrer la communauté anglo-québécoise peut être plus subtile, indique-t-elle. Il faut donc une analyse du dossier de l'enfant qui prenne en compte ces subtilités :

Comme nous l'avons vu, l'art. 23 est également censé s'appliquer à des membres de communautés culturelles qui ne sont ni francophones ni anglophones. Pour procéder à une évaluation téléologique du critère d'admissibilité prévu au par. 23(2) [le deuxième paragraphe de l'article 23 de la *Charte canadienne*], *il faut donc prendre en considération l'ensemble de la situation de l'enfant, y compris le temps passé dans chaque programme, l'étape des études à laquelle le choix de la langue d'instruction a été fait, les programmes qui sont offerts ou qui l'étaient et l'existence ou non de problèmes d'apprentissage ou d'autres difficultés*. De cette façon, il est possible de déterminer si le cheminement scolaire global d'un enfant satisfait aux exigences du par. 23(2). (italiques ajoutés)²³²

Ces considérations, que la Cour suprême impose au Québec dans l'arrêt *Solski*, on sait aussi qu'elles visent à protéger les minorités françaises parce que de tels propos ont été tenus quelques années plus tôt par la Cour d'appel de l'Ontario²³³. Ouvrons ici une petite parenthèse.

L'affaire *Abbey* concernait un enfant anglophone (avec deux parents anglophones) fréquentant l'école de langue française en Ontario. Ses parents avaient déménagé d'une région ontarienne à l'autre et il avait toujours pu poursuivre son éducation en français. Mais, à un moment donné, en raison d'une chicane entre commissions scolaires, l'enfant s'était vu refuser l'accès à une école de langue française sous prétexte qu'il n'était pas francophone et qu'il n'était donc pas directement visé par le droit à l'instruction dans la langue de la minorité prévu dans la *Charte canadienne*²³⁴. La Cour d'appel de l'Ontario tranche le litige en 1999. Dans l'arrêt *Abbey*, elle dit ceci :

²³² *Id.*, par. 33. C'est l'idée de voir au « maintien » du « lien » entre l'enfant et « la communauté et la culture minoritaires » (*id.*, par. 37) ; de chercher les « indice[s] de l'appartenance [de l'enfant] à la communauté linguistique minoritaire officielle » (*id.*, par. 39).

²³³ *Abbey v. Essex County Board of Education*, (1999) 42 O.R. (3d) 481 (C.A.); (1999) 42 O.R. (3d) 490 (C.A.).

²³⁴ Pour être plus exact, dans l'affaire *Abbey*, ce n'est pas qu'on empêchait l'enfant de fréquenter l'école française. En fait, c'est la commission scolaire anglaise de qui relevait l'enfant, et qui percevait les taxes, qui avait refusé de verser l'argent à une commission scolaire voisine qui elle avait dans son réseau une école française. C'est pour justifier le non-versement de l'argent à sa voisine que la commission scolaire anglaise avait sorti l'argument fondé sur la *Charte canadienne*.

Peu importe la façon dont l'instruction a été reçue au départ, c'est le fait qu'elle a été reçue qui donne lieu à la protection du paragraphe 23(2) [le deuxième paragraphe de l'article 23 de la *Charte canadienne*].

[...]

On peut constater que *la Charte [canadienne] n'exige aucunement que les enfants soient eux-mêmes des francophones pour pouvoir recevoir leur instruction en français* en Ontario.

[...]

[I]l n'est pas interdit d'interpréter le paragraphe 23(2) selon son sens ordinaire, même si cela équivaut à *accorder des droits à des personnes qui ne sont pas membres de la minorité linguistique. Plus il y aura de personnes qui pourront parler couramment les deux langues officielles du Canada, plus ce sera facile pour les minorités linguistiques de s'épanouir au sein de la collectivité.* (italiques ajoutés)²³⁵

On reconnaît là exactement ce que la Cour suprême du Canada raconte en 2005 dans l'arrêt *Solski*. Ainsi, la *Charte canadienne* ouvre les écoles de la minorité à des enfants qui ne sont pas à première vue membres de la minorité officielle. De plus, le régime linguistique canadien permet plus largement le passage d'une langue officielle à une autre. Bref, dans l'arrêt *Abbey*, la Cour d'appel de l'Ontario parle en fonction du contexte ontarien. Et dans l'arrêt *Solski*, la Cour suprême du Canada prend en considération le contexte québécois. Pourtant, ces deux jugements arrivent au même résultat. Ils témoignent en conséquence de la prise en compte du contexte provincial à l'intérieur d'une approche symétrique. Fin de la parenthèse.

Le contexte québécois est souligné. La Cour suprême écrit dans l'arrêt *Solski* que Québec doit évaluer le dossier de l'enfant pour qui une demande d'accès à l'école de langue anglaise a été faite en prenant en compte un paquet d'éléments mesurant l'honnêteté de la démarche d'intégration à la communauté anglo-québécoise. Ces éléments ouvrent la porte de l'école de langue anglaise au Québec à des non-anglophones, mais pas trop, peut-on croire. Car il est toujours possible, après vérification, de rejeter la demande d'accès à l'école de langue anglaise au motif que l'intention d'intégrer la communauté anglo-québécoise n'est pas « authentique » ou honnête. Ces éléments peuvent permettre de déceler les cas où les parents

²³⁵ *Abbey v. Essex County Board of Education*, (1999) 42 O.R. (3d) 481 (C.A.); (1999) 42 O.R. (3d) 490 (C.A.), p. 9 et 10. Dans la version originale, la dernière phrase de cet extrait de jugement va ainsi : « *The more fluency there is in Canada's official languages, the more opportunity there is for minority language groups to flourish in the community.* »

ne veulent pas vraiment voir leur enfant intégrer la communauté anglo-québécoise ; les cas où ils veulent juste que celui-ci ait, par exemple, une meilleure chance d'apprendre l'anglais. Or, les écoles de langue anglaise du Québec ne doivent pas servir d'écoles d'immersion. Ce sont des écoles pour la minorité officielle et ceux qui veulent honnêtement l'intégrer, peu importe leur langue maternelle ou leur langue d'usage. La communauté anglo-québécoise et le gouvernement du Québec y trouvent, chacun, en partie leur compte²³⁶.

Et dans cette discussion engagée dans le cadre de l'affaire *Solski*, la Cour suprême dit simultanément aux francophones hors Québec qu'ils sont symétriquement protégés. Grâce à l'ouverture modérée de l'école de langue anglaise au Québec à des non-anglophones, il y a réciproquement une ouverture modérée de l'école de langue française à des non-francophones ailleurs au Canada. Modérée, car l'ouverture ne donne pas accès à l'école de langue française à tous les enfants non francophones du reste du Canada. Les minorités françaises ont besoin d'ouvrir leurs institutions à des non-francophones afin, parfois, de s'assurer d'un nombre suffisant d'effectifs pour justifier leur maintien. Mais pas trop, évidemment. Car si les écoles de langue française pouvaient librement servir d'écoles d'immersion dans le reste du Canada, celles-ci pourraient bien devenir elles-mêmes des lieux d'assimilation linguistique pour les francophones ; étant possiblement fréquentées de plus en plus par des enfants anglophones ou ayant l'anglais comme langue d'usage et entraînant conséquemment les francophones dans leur sillage linguistique et culturel au sein même de leurs propres institutions. Il faut donc doser dans le reste du Canada, comme il faut doser au Québec. La Cour suprême en est consciente. Elle sait jouer parallèlement sur les deux tableaux.

Plus loin dans l'arrêt *Solski*, la Cour suprême se répète : « l'application de l'art. 23 [de la *Charte canadienne*] doit tenir compte des disparités très réelles qui existent entre la situation de la communauté linguistique minoritaire du Québec et les communautés linguistiques

²³⁶ La communauté anglo-québécoise peut espérer intégrer de nouveaux enfants dans ses institutions. Le gouvernement du Québec peut conserver la possibilité de mettre fin aux « écoles passerelles », ces écoles qui avaient pour objectif avoué de permettre le passage d'enfants qui normalement devaient fréquenter les écoles françaises vers les écoles publiques anglaises. La Cour suprême en est consciente : « Compte tenu des objectifs de l'art. 23 [de la *Charte canadienne*], il ne suffit pas qu'un enfant soit inscrit depuis quelques semaines ou quelques mois à un programme donné pour qu'il soit possible de conclure que cet enfant ainsi que ses frères et sœurs sont admissibles aux programmes d'enseignement dans la langue de la minorité au Québec. » (*Solski [Tuteur] c. Québec [Procureur général]*, 2005 CSC 14, par. 39)

minoritaires des territoires et des autres provinces » (italiques ajoutés). Et elle précise que chaque province dispose d'une marge de manœuvre. L'arrêt *Solski* donne des indications symétriques pour toutes les provinces. Maintenant, à chaque province de trouver sa voie à l'intérieur de ces mêmes principes applicables partout :

bien qu'il soit *possible que certains cheminements scolaires ne rendent pas admissibles à l'enseignement dans la langue de la minorité suivant une définition qualitative [c'est-à-dire en prenant en compte le paquet d'éléments devant aider à mesurer l'honnêteté de la démarche d'intégration à la communauté officielle] du critère de la « majeure partie » énoncé à l'art. 73 CLF [l'article de la loi 101 qui prévoit les principales conditions d'accès à l'école anglaise], cela ne signifie pas qu'ils ne pourraient pas y donner ouverture dans le cadre d'autres régimes législatifs provinciaux* d'enseignement dans la langue de la minorité, chaque régime tenant nécessairement compte du contexte historique et social particulier de la province qui l'adopte. (italiques ajoutés)²³⁷

Pour une dernière fois : la Cour suprême tient compte des contextes provinciaux, mais ces différents contextes servent l'élaboration de principes symétriques applicables partout. Chaque province dispose d'une marge dans l'application des principes, mais les principes restent les mêmes pour tout le Canada²³⁸. L'histoire législative le veut ainsi (une « solution à une règle unique », dont la portée est « nationale » et « uniforme »). Les juges restent attachés à la stratégie voulant que l'interprétation des droits linguistiques soit conforme aux théories de la conception de la politique linguistique canadienne. En conséquence, il n'y a rien dans l'arrêt *Solski* qui puisse réconcilier la francophonie canadienne. Le Québec et les minorités françaises ont toujours juridiquement toutes les raisons de s'opposer l'un et l'autre pour influencer sur la Cour suprême dans la construction de principes plus conformes à leurs intérêts national et communautaires.

Dans l'arrêt *Solski*, la Cour suprême va même très loin dans la logique symétrique. Vers la fin de son jugement, elle rappelle que Québec cherche néanmoins à voir confirmer la pleine

²³⁷ *Id.*, par. 44.

²³⁸ Selon un auteur : « Il est également évident que la Cour suprême tient compte du caractère distinct du Québec, puisqu'elle approuve des restrictions qui n'existent dans aucune autre province et qui seraient difficiles à justifier dans une autre province. La Cour suprême demeure cependant quelque peu évasive quant à cette question³⁷, se bornant à rappeler que l'article 23 [de la *Charte canadienne*] doit recevoir une interprétation qui tient compte du contexte fort différent du Québec et des autres provinces³⁸. » (références omises) (Sébastien GRAMMOND, « Louis Lebel et la société distincte », [2016] 57 *C. de D.* 251, 263). Précisons que la Cour suprême tient compte du contexte particulier du Québec comme de tous les contextes provinciaux. De ces contextes, elle élabore ensuite des principes symétriques que les provinces pourront appliquer à leur façon dans le respect des principes symétriques.

portée de sa loi, sans « interprétation atténuante », en plaçant qu'elle se situe dans des limites « raisonnables » qui se justifient « dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Le procureur général du Québec « estime, note la Cour suprême, que la situation linguistique unique du Québec au sein du Canada – la communauté linguistique provinciale majoritaire est, en même temps, la communauté linguistique nationale minoritaire – peut justifier le critère de la “majeure partie” selon l'interprétation qu'il donne de ce critère »²³⁹.

Dans l'affaire *Solski*, Québec y tient. Il veut conserver son approche, soit mesurer quantitativement le temps passé à l'école de langue française et le temps passé à l'école de langue anglaise pour déterminer si l'enfant a passé la « majeure partie » de son temps à l'école de langue anglaise. Québec ne veut pas se voir imposer un paquet d'éléments devant aider à mesurer « l'authenticité » ou l'honnêteté de la démarche d'intégration à la communauté anglo-québécoise, dans toutes ses « subtilités »²⁴⁰. Le procureur général plaide que son approche se situe dans des limites « raisonnables » qui se justifient « dans le cadre d'une société libre et démocratique », parce que la situation linguistique du Québec n'est pas celle du reste du Canada.

Réponse de la Cour : « Nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner cette possibilité. »
Pourquoi ?

Le fait de donner une interprétation atténuante de l'art. 23 [de la *Charte canadienne*] permet au Québec d'atteindre ses objectifs législatifs tout en garantissant qu'aucune personne admissible en vertu de l'art. 23 de la Charte Canadienne ne sera empêchée de fréquenter une école de la minorité linguistique si elle choisit de le faire.²⁴¹

La Cour suprême n'entend donc pas être déférente. Pourtant, ici, avec la possibilité de valider l'approche du Québec sans « interprétation atténuante », le plus haut tribunal disposait d'une chance de prouver son ouverture à l'asymétrie, une asymétrie sur laquelle la francophonie canadienne aurait peut-être pu construire sa réconciliation. Le plus haut tribunal a préféré se défilier.

²³⁹ *Solski (Tuteur) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, par. 52.

²⁴⁰ Soit « prendre en considération l'ensemble de la situation de l'enfant, y compris le temps passé dans chaque programme, l'étape des études à laquelle le choix de la langue d'instruction a été fait, les programmes qui sont offerts ou qui l'étaient et l'existence ou non de problèmes d'apprentissage ou d'autres difficultés » (*id.*, par. 33).

²⁴¹ *Id.*, par. 52.

Les intervenantes représentant les intérêts des minorités francophones avaient donc juridiquement raison d'intervenir dans l'affaire *Solski* comme elles l'ont fait. Pouvaient-elles faire autrement ? Par exemple, pouvaient-elles plaider la validité de la loi 101 (directement, sans passer par l'article premier de la *Charte canadienne*) au motif que l'article 23 de la *Charte canadienne* prévoit une place pour le contexte québécois et donne donc à Québec le loisir d'ajouter le critère de la « majeure partie » (avec sa propre interprétation) au droit à l'instruction dans la langue de la minorité ? Et pouvaient-elles en retour prétendre que le même article 23 ne contient pas la même considération pour les autres provinces qui doivent en conséquence céder leur pouvoir de définir les critères d'accès à l'école de langue française au profit des institutions des francophones hors Québec ?

Non, la Cour suprême allait prendre en compte le contexte québécois pour interpréter le droit à l'instruction dans la langue de la minorité dans une démarche symétrique. La Constitution prévoit une « solution à une règle unique », comme le raconte l'histoire législative. Il valait mieux pour les intervenantes représentant les intérêts des minorités francophones d'intervenir pour donner leur point de vue afin que cette démarche symétrique ait des retombées qui prennent en compte leurs réalités. En ce sens, elles ont eu gain de cause. Et en définitive, la Cour suprême accorde aux quatre enfants pour qui le litige a été porté en appel le droit de fréquenter l'école de langue anglaise au Québec²⁴².

À la même occasion, en 2005, lorsque est publié l'arrêt *Solski*, la Cour suprême rend un jugement dans l'affaire *Gosselin*²⁴³. Encore une fois, il ne faut pas confondre le fait de prendre en compte le contexte québécois et l'existence d'une interprétation asymétrique.

- Reconnaître la validité de la loi 101 n'est pas nécessairement une preuve d'ouverture à l'asymétrie

Le 31 mars 2005, avec l'arrêt *Solski*, la Cour suprême publie simultanément son jugement dans l'affaire *Gosselin*. Celle-ci met en scène des parents francophones, nés au Québec et ayant reçu eux-mêmes leur éducation en français, mais qui souhaitent inscrire leurs enfants dans une école de langue anglaise du Québec. Ne remplissant pas les critères d'accès à l'école de langue anglaise, ils contestent la loi 101 sur la base qu'elle est discriminatoire (ou contraire

²⁴² *Id.*, par. 58-61.

²⁴³ *Gosselin (Tuteur) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 238.

au droit à l'égalité prévu dans les chartes), car n'ouvrant pas le réseau scolaire anglais de la province également à tous les Québécois. L'arrêt *Gosselin* se résume en deux points.

Premièrement, la Cour suprême indique qu'on ne peut ainsi attaquer la loi 101. Pourquoi ? Parce que plaider le droit à l'égalité prévu dans les chartes pour contester les dispositions de la loi 101 qui encadrent l'accès à l'école de langue anglaise revient à utiliser une partie de la Constitution canadienne pour en attaquer une autre ; considérant que la loi 101 ne fait que « mettre en œuvre » les dispositions de la *Charte canadienne* sur le droit à l'instruction dans la langue de la minorité (depuis que le législateur québécois se conforme à la jurisprudence de la Cour suprême à ce sujet). Le plus haut tribunal le confirme : « [c]omment le législateur québécois pourrait-il faire preuve de discrimination en se conformant à la Charte canadienne ? »²⁴⁴ Dans l'arrêt *Gosselin*, c'est ironiquement d'abord la *Charte canadienne* qui vole au secours de la loi 101²⁴⁵.

La Cour suprême poursuit : « S'il était retenu, cet argument des appelants aurait pour effet pratique de retrancher de la Constitution le compromis soigneusement formulé à l'art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ce qui est inacceptable. »²⁴⁶ En effet, « les garanties d'égalité ne peuvent donc pas servir à invalider d'autres droits conférés expressément par la Constitution »²⁴⁷.

Deuxièmement, la Cour suprême se réfère à l'histoire législative pour rejeter la contestation. Elle cite une intervention de l'ancien ministre Chrétien qui, le 29 janvier 1981, explique devant le *Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada* que l'intention est de protéger les minorités officielles, et non les majorités provinciales :

Nous ne déterminons pas les droits à l'éducation de la majorité, nous parlons des droits à l'éducation de la minorité.

²⁴⁴ *Id.*, par. 7.

²⁴⁵ De cette façon, la Cour suprême réussit aussi à fusionner encore davantage les droits prévus dans les chartes canadienne et québécoise. Le droit à l'égalité de la Charte québécoise est confondu avec le droit à l'égalité de la *Charte canadienne*, et comme on ne peut utiliser le droit à l'égalité de la *Charte canadienne* pour attaquer le droit à l'instruction dans la langue de la minorité de la *Charte canadienne* intégré dans la loi 101, on ne peut non plus utiliser le droit à l'égalité de la Charte québécoise pour arriver aux mêmes fins.

²⁴⁶ *Id.*, par. 2.

²⁴⁷ *Id.*

Évidemment, dans les provinces, et je suis heureux de le constater, au Canada il y a énormément d'Anglophones maintenant qui se servent des cours d'immersion et c'est très populaire au Manitoba, en Alberta, en Saskatchewan, en Colombie-Britannique, et là ce sont les programmes des gouvernements provinciaux qui prévalent. Ici, le but de notre charte est de protéger les droits des minorités.²⁴⁸

Ce faisant, la Cour suprême confirme que l'ouverture des écoles de langue anglaise du Québec en fonction des critères du droit à l'instruction dans la langue de la minorité prévu dans la *Charte canadienne* n'est d'aucune utilité pour les parents francophones qui, dans l'affaire *Gosselin*, souhaitent inscrire leurs enfants dans une institution anglaise. La preuve : même Chrétien disait que l'intention était de protéger les minorités officielles et non les majorités provinciales, auxquelles majorités appartiennent les parents francophones en l'espèce.

Précision : cette intervention de Chrétien n'est d'aucune pertinence pour ce qui du débat symétrie-asymétrie. Que l'intention législative de 1982 ait été de viser les majorités provinciales ne change rien au fait que cette intention législative ait été tout autant de traiter symétriquement les minorités officielles.

La Cour suprême plonge ensuite davantage dans l'histoire législative. Elle souligne que « les auteurs de la *Charte canadienne* étaient soucieux des conséquences que pourrait entraîner le fait que les membres de la majorité linguistique soient admis à envoyer leurs enfants dans les écoles de la minorité linguistique. »²⁴⁹ C'est là, comme dans l'arrêt *Solski*, qu'elle indique être consciente des enjeux que pose une affaire québécoise pour les francophones hors Québec : « On craignait à l'époque [...] que les écoles des minorités linguistiques, à l'extérieur du Québec du moins, deviennent elles-mêmes des centres d'assimilation si les membres de la majorité linguistique submergeaient les élèves de la minorité linguistique. »²⁵⁰ Immédiatement après, la Cour suprême prend connaissance du contexte particulier du Québec :

Au Québec, une autre dimension s'ajoute au problème en ce que la présence d'écoles destinées à la communauté linguistique minoritaire ne doit pas servir à contrecarrer la volonté de la majorité de protéger et de favoriser le français comme langue de la

²⁴⁸ *Id.*, par. 29.

²⁴⁹ *Id.*, par. 31.

²⁵⁰ *Id.*

majorité au Québec, sachant que le français restera la langue de la minorité dans le contexte plus large de l'ensemble du Canada.²⁵¹

Elle répète aussi « que l'application de l'art. 23 [de la *Charte canadienne*] doit tenir compte des disparités très réelles qui existent entre la situation de la communauté linguistique minoritaire du Québec et les communautés linguistiques minoritaires des territoires et des autres provinces ». Et ajoute « Des problèmes différents n'appellent pas nécessairement les mêmes solutions. »²⁵²

Ainsi, que penser de la prise en compte du contexte québécois dans l'affaire *Gosselin* ? Et surtout, en reconnaissant que « [d]es problèmes différents n'appellent pas nécessairement les mêmes solutions », la Cour suprême ouvre-t-elle la porte à une asymétrie susceptible de réconcilier la francophonie canadienne ?

La politologue Emmanuelle Richez n'y croit pas. Elle démontre plutôt que l'arrêt *Gosselin*, qui doit être lu avec l'arrêt *Solski*, n'en a que pour les conséquences prévisibles de ses motifs sur les institutions des francophones hors Québec. Ce que Québec tire de ces arrêts, soit de voir la loi 101 épargnée d'une déclaration d'inconstitutionnalité, ne serait donc qu'une conséquence de l'omniprésence des considérations concernant les minorités officielles²⁵³. Autrement dit, si Québec ne s'en sort pas trop mal, ce n'est que par ricochet ; c'est parce que la Cour suprême voit à ouvrir modérément (modérément, seulement) les portes des écoles de langue française hors Québec. Richez écrit : « Même dans *Gosselin*, dont le résultat a été favorable au gouvernement du Québec, la principale justification de la décision était la nécessité de protéger les minorités linguistiques plutôt que l'intérêt collectif des Québécois francophones. » (traduction libre)²⁵⁴

Une autre auteure note que le résultat final dans l'arrêt *Gosselin* cache ses véritables conséquences pour le Québec. La Cour suprême valide la loi 101, mais à gros prix : les dispositions de la loi 101 qui encadrent l'accès à l'école de langue anglaise ne sont plus qu'une façon de « mettre en œuvre » la *Charte canadienne* ; les droits fondamentaux des

²⁵¹ *Id.*

²⁵² *Id.*

²⁵³ Emmanuelle RICHEZ, « Losing Relevance : Quebec and the Constitutional Politics of Language » (2014-2015) 52 *Osgoode Hall L.J.* 191, 212.

²⁵⁴ *Id.*, 214.

chartes canadienne et québécoise sont à nouveau confondus, confirmant que la seconde est subordonnée à la première²⁵⁵.

Ces éléments s'ajoutent aux précédents : la Cour suprême a dicté à l'Assemblée nationale du Québec qu'elle devait intégrer dans la loi 101 le droit à l'instruction dans la langue de la minorité comme prévu dans la *Charte canadienne*²⁵⁶ ; elle a aussi enjoint Québec à revenir à l'affichage bilingue pour se conformer aux chartes des droits et libertés, soit-il agrémenté de la nette prédominance du français (arrêt *Ford*, 1988). Cette auteure écrit : la loi 101 a été assujettie « aux idéaux véhiculés par la Charte canadienne ». Québec a ainsi perdu sa capacité « de mettre en place un régime linguistique autonome »²⁵⁷.

Quoi qu'il en soit, il est intéressant ici de faire un petit retour sur l'arrêt *Abbey* rendu par la Cour d'appel de l'Ontario en 1999. Dans cette affaire, le plus haut tribunal ontarien indique, on s'en souvient, qu'un enfant anglophone peut finalement avoir droit à l'école de langue française en Ontario selon les circonstances. Car « la Charte [canadienne] n'exige aucunement que les enfants soient eux-mêmes francophones pour pouvoir recevoir l'enseignement en français en Ontario ». De plus, il faut reconnaître la nature du régime linguistique canadien, qui favorise les passages d'une langue officielle à une autre. On le souligne plus tôt : ce sont là exactement les mots qu'utilisera six ans plus tard la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Solski*.

Mais la Cour d'appel de l'Ontario écrit aussi dans l'arrêt *Abbey*, comme principe, que « [l]a Constitution ne garantit pas aux parents anglophones de l'Ontario le droit de choisir de faire instruire leurs enfants en français »²⁵⁸. Dans l'arrêt *Gosselin*, la Cour suprême du Canada cite

²⁵⁵ Nadia VERRELLI, « L'ombre de la Charte canadienne des droits et libertés », dans François ROCHER et Benoît PELLETIER (dir.), *Le nouvel ordre constitutionnel canadien : du rapatriement de 1982 à nos jours*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2013, p. 235, à la page 254. La Cour suprême poursuit ainsi le travail entamé dans l'arrêt *Ford*, où elle confond les articles 1 et 9.1 des chartes canadienne et québécoise prévoyant dans des termes pourtant très différents la possibilité que la validité d'une loi jugée en contravention avec les droits et libertés fondamentaux soit épargnée.

²⁵⁶ Bien qu'elle aurait pu juger que les dispositions originales de la loi 101 encadrant la langue d'enseignement puissent trouver une justification « dans le cadre d'une société libre et démocratique » en vertu de l'article premier de la Charte canadienne : arrêt *Quebec Protestant School Boards*, 1984.

²⁵⁷ Nadia VERRELLI, « L'ombre de la Charte canadienne des droits et libertés », dans François ROCHER et Benoît PELLETIER (dir.), *Le nouvel ordre constitutionnel canadien : du rapatriement de 1982 à nos jours*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2013, p. 235, à la page 261.

²⁵⁸ *Abbey v. Essex County Board of Education*, (1999) 42 O.R. (3d) 481 (C.A.); (1999) 42 O.R. (3d) 490 (C.A.), p. 10.

explicitement ce passage tiré de l'arrêt *Abbey*, et ajoute : « Il en va de même pour les parents de la majorité linguistique au Québec. »²⁵⁹ Richez, précitée, semble avoir raison.

Ce petit retour sur l'arrêt *Abbey* confirme beaucoup de choses. L'arrêt *Solski* est conforme à l'arrêt *Abbey*, qui est conforme à l'arrêt *Gosselin*. Il faut donc conclure que la prise en compte du contexte québécois dans l'arrêt *Solski*, comme la confirmation de la validité de la loi 101 dans l'arrêt *Gosselin*, ne sont aucunement des démonstrations d'asymétrie de la part de la Cour suprême du Canada. Elle considère des contextes provinciaux dans une démarche symétrique, répétons-le. Elle élabore les mêmes principes applicables partout. Il ne faut pas confondre le fait de regarder le contexte québécois et le fait de trancher de façon asymétrique. Il faut encore moins tenir pour acquis que tout indice d'asymétrie peut être susceptible de permettre la réconciliation de la francophonie canadienne.

On disait plus tôt que la séquence s'apparente, en termes de baseball, à une fausse balle. L'élan éveille les espoirs. L'arrêt *Doucet-Boudreau* (2003) indique que les provinces timides sur le front du droit à l'instruction dans la langue de la minorité pourront être suivies pas à pas par le pouvoir judiciaire. L'arrêt *Solski* mentionne comme jamais les particularités du contexte québécois et, avec l'arrêt *Gosselin* rendu simultanément en 2005, la Cour suprême épargne la loi 101 d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Mais il faut aller au-delà des premières impressions véhiculées par les résultats.

En 2003, la Cour suprême confirme (par une faible majorité) qu'elle dispose d'un pouvoir qui pourrait être utile pour les minorités françaises. Il est toutefois impensable que le même pouvoir ne puisse pas être utilisé en contexte québécois si des faits semblables à l'affaire *Doucet-Boudreau* se présentaient au Québec. En 2005, le plus haut tribunal valide la constitutionnalité de la loi 101, mais les résultats s'expliquent au moins autant par le désir de protéger les minorités officielles que par celui de cautionner la politique linguistique québécoise. Le Québec hérite, à cette occasion, de conséquences pratiques pas trop désagréables. Il y a l'arrêt *Abbey* pour en témoigner ; la Cour d'appel prenait en compte le contexte ontarien, et tranchait comme la Cour suprême du Canada dans les affaires *Solski* et *Gosselin*. Le plus haut tribunal canadien considère des contextes provinciaux, élabore des principes dans une approche symétrique, et laisse une marge à chaque province, qui peut

²⁵⁹ *Gosselin (Tuteur) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 238, par. 30.

trouver sa voie dans le respect de principes symétriques. Le Québec et les minorités françaises ont intérêt à voir à ce que ces principes évoluent en leur faveur, quitte à s'affronter. C'est une fausse balle, donc. Le mirage de la société distincte s'est pointé en 1988 dans l'arrêt *Ford*. Il a surgi une deuxième fois lors du *Renvoi manitobain sur les droits scolaires* de 1993. Et à la troisième occasion, avec les arrêts *Solski* et *Gosselin*, la Cour suprême n'a pas su davantage ouvrir l'asymétrie pour que la francophonie canadienne puisse se réconcilier. Peut-on encore espérer un jour l'émergence de l'asymétrie de principes ? Chose certaine, les législateurs fédéraux travaillent alors pour qu'elle n'advienne jamais. Pendant que la francophonie vit les affaires *Solski* et *Gosselin*, ceux-ci, dans un cinquième événement, confirment que l'intention législative sur les langues officielles au Canada ne peut qu'être symétrique.

B) Les configuration et reconfiguration des éléments constitutifs des contraintes juridiques

L'histoire suit son cours : à une nouvelle manifestation de l'intention législative prônant la symétrie s'ajoute une confirmation de l'interprétation judiciaire qui ne peut qu'être symétrique (i). Mais tout peut changer, car les tribunaux peuvent être amenés à adopter une autre approche. Il s'agit de les y contraindre (ii).

i) Les prévisibles « intention législative symétrique » (2005) et « interprétation judiciaire conséquente »

En 2005, la politique linguistique canadienne est renforcée dans un cinquième événement constitutif de l'intention législative sur les langues officielles. Celui-ci poursuit, pour ce qui est du débat symétrie-asymétrie analysé dans la présente thèse, ce qui se fait depuis 1867 (a). Dans la foulée, les tribunaux conservent l'approche qu'on leur connaît (b).

a) La rédaction de la Loi modifiant la Loi sur les langues officielles de 2005 : un nouveau prolongement de ce qui constitue le cœur de la politique linguistique canadienne

Un nouveau cycle cherche maintenant à naître. Après la guerre des lois linguistiques, après l'affrontement Trudeau-Lévesque, après l'échec de la réconciliation et la peur de la rupture, le climat n'est plus exactement ce qu'il était à Ottawa. Le cinquième événement construisant l'intention législative sur les langues officielles a ceci de particulier qu'il comprend un vrai

moment de remise en question du mythe de l'égalité. Et c'est l'acteur qui témoigne concrètement des luttes du passé qui ouvre le jeu.

De l'automne 2004 à l'automne 2005, les législateurs fédéraux reprennent le travail là où ils l'avaient laissé en 1988. En 1988, C-72 récrivait la *Loi sur les langues officielles* de 1969 de façon à mieux l'aligner sur le projet enchâssé dans la Constitution canadienne en 1982. En 2005, cette politique linguistique, qui se construit par événement successif depuis 1867, est prolongée avec le projet de loi S-3²⁶⁰. Les dispositions qui avaient provoqué l'échange Rémillard-Bouchard à l'été 1988 sont concernées. Avec C-72, le gouvernement fédéral s'engageait à aider les provinces à offrir des services provinciaux et municipaux dans les deux langues et à encourager les entreprises, les organisations patronales et syndicales, les organismes bénévoles et autres organisations à en faire autant, conformément à la nouvelle partie 7 de la *Loi sur les langues officielles*. Le projet de loi S-3 porte cet engagement à un autre niveau. Il ajoute dans la loi qu'« [i]l incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que soient prises des mesures positives pour mettre en œuvre cet engagement » (art.41). Un engagement qui concerne toujours les institutions fédérales, mais dont les effets doivent très largement les déborder, tant sur le territoire québécois qu'ailleurs au Canada. Le projet de loi S-3 précise que la partie 7 est dorénavant davantage qu'un énoncé de programme politique ; elle peut fonder un recours judiciaire (c'est désormais écrit en toutes lettres dans la partie 10 de la loi). Le but est qu'il soit possible de poursuivre un gouvernement fédéral qui ne respecterait pas l'engagement qui s'y trouve depuis 1988, soit de favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones et de promouvoir l'égalité des langues officielles dans la société canadienne.

Mais S-3 ne fait pas que changer des choses. Il est surtout remarquablement fidèle à ce qui se construit depuis 1867, comme le veulent les théories de la conception de la politique linguistique canadienne. Au Sénat, l'intention symétrique règne sans conteste. Aux Communes, des leaders de la francophonie hors Québec insistent pour que rien ne change à cet égard. L'acharnement d'un nouvel acteur, le Bloc québécois, amène les défenseurs de la symétrie à vouloir donner des justifications (celles-ci peuvent se résumer en dix points). Il s'agit d'une occasion ratée pour la francophonie canadienne.

²⁶⁰ *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais)*, L.C. 2005, c. 41.

- La symétrie pour éviter la balkanisation

Le projet de loi S-3 sur les langues officielles est une initiative du Franco-Ontarien Jean-Robert Gauthier, député fédéral de 1972 à 1994, puis sénateur libéral représentant l'Ontario de 1994 à 2004. Présenté devant le Sénat le 6 octobre 2004, très brièvement discuté et étudié en comité, le projet de loi S-3 est adopté par la Chambre haute quelques jours plus tard, le 26 octobre.

Lors de ces brefs travaux, Gauthier décrit l'engagement fédéral prévu dans la partie 7 de la *Loi sur les langues officielles* comme « le cœur de la loi ». Si Gauthier souhaite que cette partie 7 puisse dorénavant fonder un recours judiciaire, c'est parce qu'il veut stimuler l'intervention fédérale en faveur des minorités officielles. L'avenir de ces minorités doit être assuré, selon Gauthier, non pas pour elles-mêmes, mais pour le bien de l'unité canadienne : « c'est un danger pour nous tous au Canada [l'assimilation des minorités officielles]. Si on balkanise les deux langues officielles, dans une province, c'est en français et dans une autre, c'est en anglais, je n'y crois pas. Mon Canada est plus complet que cela. »²⁶¹ Gauthier sait manier la rhétorique qui autrefois faisait le succès de son ancien chef Pierre Elliott Trudeau.

Si S-3 n'est pas vraiment débattu, c'est parce qu'il représente la quatrième tentative du sénateur Gauthier. Avant S-3, le Sénat a vu passer trois autres projets de loi similaires, portant exactement le même titre, morts au feuilleton pour ne pas avoir été adoptés avant la clôture de sessions antérieures ou avant la dissolution du Parlement en vue d'élections fédérales²⁶². Le premier d'entre eux, le projet de loi S-32, a été étudié en profondeur en février, mars et avril 2002 par un comité sénatorial. À l'automne 2004, S-3 est adopté à toute vapeur par le Sénat, mais c'est dans la mesure où il a en quelque sorte déjà été étudié sous une autre forme en 2002 avant de mourir au feuilleton.

²⁶¹ DÉBATS DU SENAT, 38^e légis., 1^{re} sess., vol. 142, Ottawa, Éditions et Services de dépôt, 21 octobre 2004, p. 113.

²⁶² Voir Projet de loi S-4, *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais)*, 3^e sess., 37^e légis., 2004 (première lecture à la Chambre des communes le 24 mars 2004) ; Projet de loi S-11, *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais)*, 2^e sess., 37^e légis., 2003 (présentation du rapport du comité au Sénat le 4 novembre 2003) ; Projet de loi S-32, *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais)*, 1^{re} sess., 37^e légis., 2001 (deuxième lecture au Sénat le 20 novembre 2001).

Lors des travaux de 2002, Gauthier s'exprime comme en 2004 devant le comité sénatorial chargé d'étudier S-32. Il faut, selon lui, accroître la promotion de l'anglais au Québec et du français dans le reste du Canada afin de renforcer l'unité canadienne :

Le combat engagé dans ce pays pour les minorités linguistiques s'inscrit, selon moi et selon plusieurs Canadiens et Canadiennes, dans la ferme conviction que sans une présence dynamique et épanouie des communautés de langues officielles partout au pays, sans une volonté de respecter leur développement et de promouvoir leur épanouissement partout au pays, le Canada n'aura pas besoin des séparatistes pour se diviser ; il va se briser tout seul par la « balkanisation progressive » du français au Québec et de l'anglais dans le reste du Canada.²⁶³

Il est utile de rappeler que Gauthier a toujours été un partisan de la symétrie. Il est député libéral lorsque le projet de rapatriement est étudié par le *Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*. Le 20 janvier 1981, il y comparaît pour exprimer sa crainte de l'asymétrie. Il dit ceci : « [E]t avant d'accepter, monsieur le président, les propositions constitutionnelles traitant du droit à l'instruction dans la langue de la minorité, je voudrais être assuré que ces dispositions légales d'apparence symétrique ne soient pas asymétriques dans leur application »²⁶⁴. Il insiste : « comment pouvons-nous être sûr que cet article qui va s'appliquer de façon symétrique à travers tout le pays ne sera pas l'objet d'une certaine asymétrie dans son application ? » (voir la sous-partie I.B] ii] a)]²⁶⁵

Pour Gauthier, le français fera des gains hors Québec grâce à la progression réciproque des droits de la langue anglaise au Québec. On se souvient de sa réaction au lendemain du rapatriement lorsque la Cour supérieure du Québec rend son jugement invalidant la loi 101 dans l'affaire *Quebec Protestant School Boards*. Le 15 septembre 1982, il écrit au premier ministre Trudeau pour s'en réjouir. Il se dit « particulièrement satisfait » d'un jugement qui « devrait donner aux francophones hors Québec de nouvelles armes ». Il ajoute : « J'espère sincèrement que ces démarches juridiques seront aussi fructueuses pour la minorité

²⁶³ DÉLIBÉRATIONS DU COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES, 37^e légis., 1^{re} sess., fasc. 23, Ottawa, 6 février 2002, p. 11.

²⁶⁴ PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{re} sess., fasc. 41, p. 34.

²⁶⁵ *Id.*, p. 37.

francophone de l'Ontario qu'elles le furent pour la minorité anglo-québécoise. » (voir la sous-partie I.B] ii] b])

En 1988, Gauthier réitère encore sa vision symétrique des droits linguistiques lors des débats sur C-72 à la Chambre des communes. Occupant la fonction de whip de l'opposition officielle, il ajoute ceci, le 7 juillet, juste avant l'adoption du projet de loi : « Que ce soient les anglophones du Québec dans l'ensemble Québécois francophones, que ce soient les francophones hors Québec qui eux vivent dans l'ensemble ou dans un milieu à majorité anglophone, ils vivent des situations sinon similaires, tout au moins comparables. » (voir la sous-partie II.A] i] a])²⁶⁶

Bref, Gauthier est constant. Et il garde cette cohérence jusqu'au jour où il décide enfin de présenter un projet de loi de son cru afin de prolonger la politique linguistique canadienne.

Les travaux sénatoriaux de 2002 entourant S-32 permettent aussi de tirer une chose au clair : on peut mettre à peu près n'importe quoi sous l'étiquette « asymétrie », et la manifestation d'un phénomène qualifié d'asymétrique n'est en rien une indication qu'elle pourra servir la réconciliation de la francophonie canadienne, ni de près ni de loin. Un échange du 20 février 2002 en témoigne.

Discutant du projet S-32 et d'une déclaration qu'un ministre fédéral a faite dans le cadre d'un colloque sur les langues officielles, le sénateur conservateur Gérald Beaudoin, représentant une division québécoise, souligne l'importance de l'asymétrie pour la langue française. À cette occasion, Beaudoin s'exprime clairement :

Le ministre [fédéral des Affaires intergouvernementales Stéphane] Dion a dit qu'il faut une asymétrie pour la langue française. Je conclus que si on a besoin d'une asymétrie pour les langues officielles – parce que le français en Amérique du Nord représente que 2 p. 100 et au Canada de 20 à 30 p. 100, – il faut avoir une asymétrie dans nos textes de loi qui favorise le français. D'après moi cela peut se justifier. J'aimerais bien qu'un tribunal le déclare ou que les législateurs le déclarent. Ce serait déjà beaucoup.²⁶⁷

²⁶⁶ DÉBATS DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, 33^e légis., 2^e sess., vol. 14, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1987-1988, p. 17225.

²⁶⁷ DÉLIBÉRATIONS DU COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES, 37^e légis., 1^{re} sess., fasc. 25, p. 16 et 17.

Seulement, après quelques échanges avec un témoin de passage devant le comité, une autre sénatrice, nommée aussi pour représenter une division québécoise, Joan Fraser, intervient pour défendre la place de l'anglais au Québec. L'asymétrie, selon elle, ne doit pas être un mécanisme justifiant que les droits de la langue anglaise soient diminués en territoire québécois. Alors, le sénateur Beaudoin revient sur ses paroles pour confirmer que l'asymétrie n'est en rien un gage de réconciliation pour la francophonie canadienne. Elle peut même, selon ses dires, permettre un accroissement des droits de la langue anglaise au Québec :

Madame le sénateur [Fraser] a plaidé la cause des Québécois anglophones, et elle l'a très bien fait. Je pense que c'est dans la Constitution canadienne. Les droits du bilinguisme au Canada ont toujours été asymétriques. C'est seulement au niveau fédéral qu'ils sont égaux, du moins dans la Constitution. Au niveau provincial, jamais les dix provinces n'ont été bilingues. En 1867, c'était le Québec qui était bilingue sur ce plan, ensuite ce fut le Manitoba et, évidemment, le Nouveau-Brunswick qui, en 1982, a fait un progrès immense en déclarant l'égalité des deux communautés. Cela a toujours été asymétrique. Je pense qu'il faut continuer et je suis très favorable au projet de loi du sénateur Gauthier.²⁶⁸

Pour la sénatrice Fraser, qui renchérit, l'asymétrie, c'est l'idée qu'il faut savoir s'adapter aux différentes réalités :

J'ai aussi écouté M. Dion [le ministre fédéral] avec beaucoup d'intérêt la semaine dernière. Je voudrais juste signaler que, à mon avis en tout cas, lorsqu'il parlait d'asymétrie et des différents besoins des communautés minoritaires, il ne disait pas qu'il n'y avait pas de besoins du côté anglo-québécois. Il disait seulement que ce ne sont pas les mêmes besoins et les mêmes problèmes. Je tenais à préciser cela.²⁶⁹

Suivant cet échange du 20 février 2002, toutes les interventions devant le comité sénatorial relatives au débat symétrie-asymétrie reprennent cette dernière interprétation de ce qui constitue de l'asymétrie (lorsqu'il est question de droits linguistiques applicables au Québec et ailleurs au Canada). Il s'agit toujours de créer des droits égaux pour le français et l'anglais, d'élaborer des principes uniformes applicables partout, et, ensuite, de savoir adapter chaque geste en fonction des besoins de chaque communauté. On ne va évidemment pas financer aveuglément les mêmes projets partout. Et il n'a jamais été question d'agir de cette façon. Certaines minorités officielles ont besoin d'écoles, d'autres de traducteurs, d'autres de

²⁶⁸ *Id.*, p. 17.

²⁶⁹ *Id.*, p. 19.

médias locaux, etc. Warren J. Newman, avocat du ministère fédéral de la Justice, le dit ainsi lors de sa comparution le 6 mars 2002 :

En 1988, le ministre de l'époque – M. Lucien Bouchard – a bien répondu à cette question lorsqu'il a comparu devant le comité sénatorial. Il a dit que les provinces n'en étaient pas toutes au même point pour ce qui est de l'égalité des langues officielles. La répartition des groupes linguistiques n'est pas la même dans chaque province.

[...]

Les ministres doivent user de prudence et de discernement dans l'application de ces mesures pour qu'on ne dise pas qu'ils feront à Montréal ou à Moncton la même chose exactement qu'ailleurs. De nombreux facteurs doivent entrer en ligne de compte. Ce ne sont pas nécessairement des facteurs justiciables, des facteurs juridiques, mais ils permettent de tenir compte des intérêts sociaux, de l'injustice historique, des données démographiques ainsi que des priorités et assurent une marge de manœuvre lors de négociations avec des groupes afin de cerner ce qui correspond le mieux à leurs intérêts supérieurs et à l'intérêt collectif.²⁷⁰

C'est aussi ce que répète la ministre du Patrimoine canadien Sheila Copps lors de sa comparution le 18 avril 2002. Cette conception de l'asymétrie est compatible avec la vision symétrique des droits linguistiques exprimée par le sénateur Jean-Robert Gauthier. Elle ne déroge pas au mythe de l'égalité, tel qu'il est défini par les théories de la conception de la politique linguistique canadienne. Signe que S-32 respecte une conception parfaitement symétrique des droits linguistiques, le comité d'étude du Sénat voit les deux associations représentant les intérêts de la communauté anglo-qubécoise, le Quebec Community Groups Network et Alliance Québec, intervenir pour donner leur appui au projet de loi S-32. Rappelons que des droits et des principes identiques pour tout le Canada favorisent les divisions dans la francophonie canadienne, et ce, même s'il existe une marge pour moduler les approches qui découlent de ceux-ci en fonction des différentes réalités du pays. Elle se divise au sujet de la définition qui doit être donnée à ces droits et à ces principes.

Le projet de loi S-32 ne sera jamais adopté. Les travaux sénatoriaux le concernant ne seront toutefois pas vains. Trois autres projets de loi similaires seront présentés au Sénat dans les deux ans. Le projet de loi S-3, qui porte le même titre, est adopté rapidement par la Chambre

²⁷⁰ DÉLIBÉRATIONS DU COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES, 37^e légis., 1^{re} sess., fasc. 27, p. 27 et 28.

haute le 26 octobre 2004. Alors, la Chambre des communes s'en saisit. Après la première lecture, les débats peuvent commencer.

- Le mythe de l'égalité et la peur du changement

Aux communes, les débats s'ouvrent le 17 février 2005. C'est Don Boudria, député libéral de la très francophone circonscription de Glengarry-Prescott-Russell dans l'Est ontarien, qui accepte d'en être le parrain. Boudria a quelques mots pour souligner le travail effectué par le sénateur Gauthier. Il défend aussi la nature symétrique des droits qu'il cherche à créer : « Il a fait [Jean-Robert Gauthier] de ce projet de loi une lutte pour toute la communauté francophone au Canada et, bien sûr, pour la minorité anglophone au Québec également, puisque cela s'applique aux deux minorités. Le projet de loi vise donc les deux minorités et est égal à cet égard. »²⁷¹

Les débats de 2005 donnent la parole à un nouvel acteur, le Bloc québécois. Avec ses persistantes questions au sujet de l'asymétrie, pour que ce soit le français qui soit protégé partout au Canada, y compris au Québec, celui-ci amène les parlementaires sur un terrain qui était jusque-là resté à peu près inexploré à Ottawa.

Le 17 février, après les premières interventions des députés Maka Kotto et Stéphane Bergeron, qui critiquent plus globalement l'approche fédérale sur les langues officielles, c'est Benoît Sauvageau qui explique la position du Bloc au sujet de S-3 : « Une lacune majeure de la Loi sur les langues officielles repose sur le fait qu'elle ne reconnaît pas l'asymétrie qui existe présentement au niveau des minorités linguistiques au Canada. En effet, la situation des francophones hors Québec est beaucoup plus préoccupante et précaire que celle des Anglo-Québécois, et la loi doit le reconnaître. » Sauvageau annonce alors que le Bloc votera contre S-3 à l'étape du principe :

²⁷¹ DÉBATS DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, 38^e légis., 1^{re} sess., vol. 140, n^o 59, Ottawa, 2004-2005, p. 3669. Boudria reconnaît aussi que S-3, bien qu'il comprenne des droits symétriques, peut avoir une plus grande importance pour les francophones hors Québec : « Il est temps de donner les outils au gouvernement du Canada pour favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones, étant donné que le phénomène s'applique aux deux, quoiqu'il a peut-être une portée supplémentaire pour les francophones. » (*id.*, p. 3670) Cette interprétation est confirmée par l'intervention de Raymond Simard, ministre responsable des langues officielles, devant le comité d'étude de la Chambre des communes le 6 octobre 2005 : « Les programmes peuvent être asymétriques, mais pas les droits. Cela devrait être parfaitement égal partout au pays. » (COMITÉ PERMANENT DES LANGUES OFFICIELLES, 38^e légis., 1^{re} sess., Ottawa, 6 octobre 2005, p. 12)

Le Bloc québécois ne pourra appuyer le projet de loi S-3, à moins qu'il ne soit modifié pour intégrer le concept d'asymétrie des besoins, concept reconnu par tous les intervenants sur la question²⁷².

[...]

Le Bloc québécois estime que l'application des mesures uniformes au Québec et au Canada nuirait à la spécificité du foyer de la francophonie au Canada. Le gouvernement sait très bien cela.²⁷³

Le 11 avril, c'est le député Guy André qui défend la position du Bloc à la Chambre des communes. « Sur un continent où l'écrasante majorité parle l'anglais, promouvoir au Québec l'égalité d'usage du français et de l'anglais, c'est affaiblir le statut du français au Québec et en Amérique du Nord », dit-il²⁷⁴. Deux jours plus tard, le 13 avril, les parlementaires sont appelés à voter en deuxième lecture. Les libéraux et les conservateurs appuient le principe : faire progresser symétriquement les droits du français et de l'anglais partout au Canada. Le Bloc vote contre. Le projet de loi S-3 est envoyé au comité d'étude permanent des langues

²⁷² Une note d'information non datée (mais manifestement rédigée en vue de l'ouverture des débats sur S-3 le 17 février 2005 aux Communes) et signée par le Service de recherche du cabinet du chef du Bloc québécois, retrouvée dans les archives du Bloc (qu'on a pu consulter grâce à l'organisation du bureau de Louis Plamondon, le député qui est en 2019 le gardien de la mémoire institutionnelle de la formation politique) précise ceci : « Le Bloc québécois aurait plutôt souhaité que le gouvernement fédéral reconnaisse formellement que la Loi sur les langues officielles doit recevoir une application asymétrique selon qu'il s'agisse de mesures pour favoriser le français et l'anglais. » (p. 3)

²⁷³ DÉBATS DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, 38^e légis., 1^{re} sess., vol. 140, n^o 59, Ottawa, 2004-2005, p. 3673. Avant de prendre position sur S-3 à cette étape, le Bloc consulte la commissaire aux langues officielles du Canada, Dyane Adam. Une note d'information non datée et non signée retrouvée dans les archives du Bloc (il a été possible de la consulter grâce à l'organisation du bureau de Louis Plamondon) mentionne qu'il y a eu une rencontre entre le Bloc québécois et Dyane Adam en décembre 2004. Il est écrit qu'une réponse de la commissaire est attendue au sujet des « diverses implications des modifications à la partie 7 de la Loi sur les langues officielles ». La note conclut : « nous attendons les réponses de madame Adam pour prendre une position définitive sur le projet de Loi » (p. 4). Une autre note d'information, cette fois datée du 17 février 2005 et signée par le Service de recherche et de documentation du cabinet du chef du Bloc québécois, retrouvée aussi dans les archives du Bloc, analyse la réponse offerte par la commissaire, reçue au début février 2005. Dyane Adam a écrit : « la partie 7 vise [...] à promouvoir la pleine reconnaissance et l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne en vue de favoriser la progression vers l'égalité de statut et d'usage du français et de l'anglais. Or, la langue qui, dans la société canadienne, doit faire l'objet de promotion est la langue française. » On comprend que S-3, pour la commissaire, aura quelque part une application asymétrique du fait que le français et l'anglais au Canada sont dans des positions factuellement inégales. La note d'information du 17 février 2005 signée par le Service de recherche et de documentation du cabinet du chef du Bloc québécois commente ainsi la réponse offerte par la commissaire : « Le Bloc québécois partage pleinement cette constatation de la Commissaire aux langues officielles, mais signale que nulle part, dans le projet de Loi S-3, il n'est mention de cette différence entre les deux langues officielles et que c'est le français qui doit bénéficier de protection. Au contraire, l'article 43 parle d'égalité d'usage (!) de l'anglais et du français dans la société canadienne ! Il n'y a là aucune mesure particulière pour sauver le français, bien au contraire. » (p. 2)

²⁷⁴ DÉBATS DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, 38^e légis., 1^{re} sess., vol. 140, n^o 79, Ottawa, 2004-2005, p. 4848.

officielles. C'est au cours de ses travaux que remontent à la surface des justifications au mythe de l'égalité.

Le comité se réunit le 21 avril. Le premier témoin n'est nul autre que Jean-Robert Gauthier, ancien député fédéral, ancien sénateur, maintenant retraité. C'est à titre de Franco-Ontarien qu'il se présente pour défendre son projet de loi. Ce dernier « vaut, précise-t-il, pour les deux communautés [minoritaires, francophone et anglophone]. Je parle de toutes les communautés de langue officielle vivant en milieu minoritaire », prend-il soin d'ajouter²⁷⁵.

Guy André lui offre deux occasions de clarifier sa position sur l'intention symétrique. D'abord en suggérant une réponse :

Vous êtes d'accord avec moi pour dire que, dans un continent où l'écrasante majorité parle anglais, c'est le français qui est menacé au Québec et au Canada. En conséquence, la Loi sur les langues officielles devrait être appliquée différemment au Québec et au Canada.

Le projet de loi S-3 devrait-il s'appliquer de façon égale à toutes les communautés minoritaires de langue officielle du Canada, ou est-ce qu'on devrait envisager de prendre des mesures adaptées à la diversité de ces communautés ?²⁷⁶

Gauthier répond alors sans jamais répondre, ou en reconnaissant que l'asymétrie peut être absolument n'importe quoi, c'est-à-dire tout et son contraire, et qu'elle n'est en soi aucunement un lieu pouvant réconcilier la francophonie canadienne. « Je vous remercie, monsieur André », dit-il. « C'est une bonne question », ajoute-t-il immédiatement. « Si je l'ai bien comprise, vous aimeriez que je vous entretienne de l'asymétrie. » Et Gauthier enchaîne avec l'idée que la francophonie canadienne est hétérogène. Pour lui, l'asymétrie est culturelle, jamais juridique :

Il y a une grande distinction à faire entre Yvon Godin [le député néo-démocrate d'Acadie-Bathurst, une circonscription électorale fédérale située au Nouveau-Brunswick] et Jean-Robert Gauthier. Yvon est Acadien, et Gauthier est Franco-Canadien et vit en Ontario. Nous avons des choses en commun. Par contre, entre nous il y a de grandes différences d'accent, de langage, de culture, de façon de vivre. Il y a autant de différences entre un Québécois et un Franco-Albertain. Il y a des maturités culturelles différentes dans chaque région du pays. Nous envoyons nos artistes au Québec parce qu'ils réussissent à y percer. Je pense à Gabrielle Roy, qui venait du Manitoba, et à d'autres. Il y a des artistes, des peintres qui viennent de l'Acadie.

²⁷⁵ COMITÉ PERMANENT DES LANGUES OFFICIELLES, 38^e légis., 1^{re} sess., Ottawa, 21 avril 2005, p. 2.

²⁷⁶ *Id.*, p. 5.

Personnellement, je crois que cela enrichit le Canada que d'avoir une variété de régions distinctes les unes des autres. À mes yeux, le Québec est distinct par sa langue, sa concentration francophone, son histoire. Depuis 400 ans, on parle français au Québec, en Ontario, en Acadie aussi. Selon moi, c'est important. Je suis fier d'être Canadien français. Je suis fier de mon histoire. Mais il faut la protéger. J'ai souvent comparé le Québec à une masse critique essentielle à la survie des francophones hors Québec. Souvent, les Québécois se désintéressent de la francophonie canadienne. Peu de Québécois savent qu'un million de Canadiens parlent français.

Au Québec, on s'étonne de nous entendre parler français. Combien de fois on m'a fait part de cet étonnement parce que j'avais une plaque d'immatriculation de l'Ontario. J'ai quatre enfants, ils parlent tous français et ils ont fait leurs études primaires, secondaires, postsecondaires et universitaires en français, et aux frais de l'État.

Il y a une distinction. Il y a une variété de développements culturels, linguistiques et économiques : cela s'appelle l'asymétrie.²⁷⁷

Guy André revient à la charge en lui demandant pourquoi, dans les circonstances, l'asymétrie ne pourrait pas être reconnue dans la loi. Gauthier répond autrement cette fois : « Je n'ai pas pensé à l'asymétrie parce que ce n'est pas une question qui me préoccupe. »²⁷⁸

Le comité se réunit à nouveau le 18 mai 2005. Un avocat du gouvernement fédéral s'y présente afin de parler des arrêts *Ford*, *Solski* et *Gosselin* rendus par la Cour suprême du Canada. On s'en souvient : *Ford* (1988) indique que Québec peut exiger la nette prédominance du français dans l'affichage commercial, *Solski* (2005) reconnaît la marge dont dispose le législateur québécois pour encadrer l'accès à l'école de langue anglaise, et *Gosselin* (2005) valide la loi 101. Selon l'avocat, « les droits et les dispositions linguistiques, lorsqu'elles sont applicables dans l'ensemble du Canada, doivent être appliquées et interprétées en fonction des circonstances, des particularités et du contexte propre à chaque province ». C'est un « principe que certains qualifieraient d'«asymétrie» », indique-t-il²⁷⁹.

Les députés bloquistes sous-estiment alors peut-être l'importance de ces affirmations pour la suite des débats. Car si la jurisprudence reconnaît déjà l'asymétrie, pourquoi faudrait-il insister pour que S-3 y consacre un espace ? À ce moment, il aurait peut-être été pertinent de creuser pour connaître la nature de l'asymétrie dont il est question et d'interroger son

²⁷⁷ *Id.*

²⁷⁸ *Id.*

²⁷⁹ COMITÉ PERMANENT DES LANGUES OFFICIELLES, 38^e légis., 1^{re} sess., Ottawa, 18 mai 2005, p. 8. D'autres avocats du gouvernement fédéral reprennent le propos devant le comité le 28 septembre 2005.

potentiel à favoriser le français partout au Canada, y compris au Québec. L'occasion se représentera.

Le député Stéphane Bergeron annonce que le Bloc proposera de soustraire le Québec de l'application de S-3. « On ne veut pas que cette loi s'applique au Québec », soumet-il²⁸⁰. Ainsi, S-3 pourrait servir l'avancement des droits des minorités françaises sans que les droits de l'anglais puissent réciproquement faire des gains en territoire québécois. Mais Bergeron laisse aussi entendre qu'il reste ouvert à d'autres propositions pouvant avoir de telles conséquences. L'asymétrie, précise-t-il, « si ce n'est pas que de la rhétorique, cela devrait pouvoir se traduire d'une façon ou d'une autre dans le projet de loi »²⁸¹. Il ajoute : « On pourrait peut-être essayer de figoler quelque chose [...]. Je ne vois pas de problème à ce qu'on veuille intégrer l'application asymétrique, mais il faudrait trouver un libellé qui soit recevable. »²⁸²

Au comité d'étude, l'idée de soustraire le Québec à S-3 ne trouve aucun adepte en dehors de la députation bloquiste. Le président du comité, le libéral du Québec Pablo Rodriguez, affirme qu'elle est discriminatoire à l'endroit des Anglo-Québécois. Il pose la question : « le fait qu'en vertu de la loi, une partie des Canadiens vivant en milieu minoritaire, en l'occurrence des francophones à l'extérieur du Québec, aurait accès à ce système ne

²⁸⁰ *Id.*, p. 13.

²⁸¹ *Id.*

²⁸² *Id.*, p. 14. Le projet de loi S-3 constitue, souvenons-nous, la quatrième tentative du sénateur Jean-Robert Gauthier de modifier la *Loi sur les langues officielles* afin de rendre sa partie 7 susceptible de fonder un recours judiciaire. Le projet de loi S-3 a été précédé des projets de loi S-32 (qui s'est rendu jusqu'à la deuxième lecture au Sénat le 20 novembre 2001), S-11 (qui s'est rendu jusqu'à la présentation au Sénat le 4 novembre 2003 du rapport du comité d'étude sénatorial) et S4 (qui s'est rendu jusqu'à la première lecture à la Chambre des communes le 24 mars 2004). Avant S-3, il y a donc S-4, aussi, à avoir passé toutes les étapes de l'adoption d'un projet de loi par le Sénat et à s'être rendu ensuite jusqu'aux Communes (S-4 meurt au feuillet lorsque le Parlement est dissous en vue des élections fédérales du 28 juin 2004). Avant S-3, il y a par conséquent S-4 qui interpelle une première fois le Bloc québécois (le Bloc n'a aucun représentant au Sénat, il siège exclusivement aux Communes). Et depuis qu'il est interpellé, le Bloc semble toujours avoir cherché à trouver une formule qui pourrait à la fois inscrire l'asymétrie dans le projet de loi tout en ralliant à l'extérieur de ses rangs. C'est ce qui ressort d'une recherche effectuée dans les archives du Bloc québécois (rendue possible grâce à l'organisation du bureau de Louis Plamondon). L'ouverture exprimée par Stéphane Bergeron le 18 mai 2005 devant le comité d'étude des Communes sur S-3 a un précédent. Une note du Service de recherche et de documentation du cabinet du chef du Bloc québécois, datée du 22 avril 2004, indique ceci, alors qu'il apparaît que la formation politique devra prendre position prochainement sur S-4 lorsque les Communes seront amenées à débattre du projet en deuxième lecture : « le Bloc québécois serait favorable à des modifications qui permettraient de renforcer l'application de la loi et la présence du français dans les institutions fédérales, en autant que celles-ci ne viennent pas affaiblir le statut du français au Québec » (p. 6).

constituerait-il pas une forme de discrimination à l'égard des anglophones qui, au Québec, forment la minorité ? »²⁸³ Le député néo-démocrate du Nouveau-Brunswick Yvon Godin n'y trouve rien de bon non plus :

En ce qui a trait aux compétences fédérales et aux institutions fédérales, je crois que le Québec doit être traité comme n'importe quelle autre province. Le gouvernement fédéral s'engage à respecter les compétences des provinces. Toutes sont traitées de la même façon. Il ne faut pas oublier que le Québec est une province du Canada.²⁸⁴

Le 31 mai, c'est la ministre du Patrimoine canadien Liza Frulla qui comparaît devant le comité. Elle reprend à son compte ce que l'avocat du gouvernement fédéral était venu dire le 18 mai précédent : « La Cour suprême, dans ses derniers jugements, a toujours tenu compte de la spécificité des différentes communautés, dont celle du Québec, sachant que les francophones sont majoritaires au Québec, mais minoritaires dans les Amériques. Elle a toujours tenu compte de l'existence de la Loi 101. »²⁸⁵ Bergeron insiste quand même : reste que, dans S-3, « on n'a pas prévu d'application particulière pour le Québec »²⁸⁶. Ce dernier réitère ce que proposera le Bloc : que le Québec soit soustrait à l'application de S-3.

La ministre Frulla répond en politicienne : « Quant à exclure le Québec de l'application de la partie 7, dit-elle, je ne crois pas, honnêtement, que le Québec serait d'accord. Pourquoi ? Parce que ça signifierait exclure aussi la communauté minoritaire anglophone de cette discussion. Je ne crois pas que qui que ce soit, ni vous non plus, ne veuille ça. »²⁸⁷ Puis Frulla répète ce qu'elle a affirmé plus tôt : « la Loi 101, qui s'applique au Québec pour la protection

²⁸³ COMITÉ PERMANENT DES LANGUES OFFICIELLES, 38^e légis., 1^{re} sess., Ottawa, 18 mai 2005, p. 13. Le 20 octobre 2005, la députée Françoise Boivin, alors élue au Québec sous la bannière libérale, dit devant le comité d'étude de la Chambre des communes que soustraire le Québec à l'application de S-3 c'est faire des Anglo-Québécois des « citoyens de deuxième ordre » (COMITÉ PERMANENT DES LANGUES OFFICIELLES, 38^e légis., 1^{re} sess., Ottawa, 20 octobre 2005, p. 40).

²⁸⁴ COMITÉ PERMANENT DES LANGUES OFFICIELLES, 38^e légis., 1^{re} sess., Ottawa, 18 mai 2005, p. 13. Semblablement à Godin, la commissaire aux langues officielles du Canada, Dyane Adam, affirme ceci devant le comité lors de sa comparution le 6 octobre 2005 : « je ne vois pas pourquoi on exclurait une province. [...] [L]a fédération est un projet de tensions parfois très saines. C'est correct qu'il y ait des points de vue divergents. » (COMITÉ PERMANENT DES LANGUES OFFICIELLES, 38^e légis., 1^{re} sess., Ottawa, 6 octobre 2005, p. 6) Dans un échange avec la députée bloquiste Paule Brunelle, Adam justifie ainsi la symétrie : « Je suis certaine que vous avez fait le tour du Québec et que vous êtes allée en Basse-Côte-Nord et en Gaspésie. Il y a des communautés anglophones un peu partout, il y en a également aux Îles-de-la-Madeleine. Ce sont des communautés qui sont peu nombreuses et qui ressemblent aux communautés de langue française ailleurs au pays. » (*id.*, p. 9)

²⁸⁵ COMITÉ PERMANENT DES LANGUES OFFICIELLES, 38^e légis., 1^{re} sess., Ottawa, 31 mai 2005, p. 4.

²⁸⁶ *Id.*, p. 8.

²⁸⁷ *Id.*, p. 9.

du fait français au Québec et pour assurer la protection de la communauté francophone dans les Amériques, sera toujours prise en considération. En cas de contestation devant les tribunaux, elle sera prise en considération par la Cour suprême parce que la Cour suprême l'a toujours fait. »²⁸⁸

Ce dernier argument est manifestement celui qui reviendra le plus souvent pour justifier que la facture de S-3 ne fasse aucune place pour l'asymétrie. Il est d'une efficacité redoutable. Si elle est déjà judiciairement reconnue, l'asymétrie, pourquoi s'y arrêter ici ? Par pur intérêt idéologique ? Il aurait pourtant été opportun de creuser, de questionner. L'« asymétrie » devient un slogan vide de sens ou comprenant tous les sens. C'est la francophonie canadienne dans son ensemble qui est perdante.

À partir du 7 juin, tour à tour, plusieurs des plus grands spécialistes en droit linguistique au Canada se présentent à Ottawa devant le comité d'étude afin de participer à ses travaux. Michel Doucet, professeur de droit à l'Université de Moncton, comparaît le premier.

Le 7 juin, il dit « comprendre qu'au Québec, le fédéral devra limiter aux institutions fédérales son intervention en cette matière », entendu que l'effort fédéral en faveur des langues officielles repris par le projet de loi S-3 doit déborder sur le terrain des provinces et des municipalités, et même dans les entreprises, les organisations patronales et syndicales, les organismes bénévoles et autres organisations²⁸⁹. Mais il ne souhaite pas que l'intervention fédérale soit limitée de la sorte à l'extérieur du Québec. Doucet affiche de cette façon son ouverture pour une approche plus stricte au Québec et plus large dans le reste du Canada.

Il cite les arrêts *Ford*, *Solski* et *Gosselin* à titre d'exemples. Dans ces affaires, souligne-t-il, la Cour suprême a dit « qu'il fallait tenir compte de la réalité linguistique de chaque province lorsqu'on mettait en œuvre les droits linguistiques »²⁹⁰. Conséquemment, questionné par les députés Stéphane Bergeron et Guy André, Doucet répond : « je pourrais probablement vivre avec une formulation qui dirait qu'on va tenir compte de la réalité linguistique des provinces dans la mise en œuvre du projet de loi S-3 ou de la partie 7 de la loi »²⁹¹. Il veut toutefois que

²⁸⁸ *Id.*

²⁸⁹ COMITÉ PERMANENT DES LANGUES OFFICIELLES, 38^e légis., 1^{re} sess., Ottawa, 7 juin 2005, p. 4.

²⁹⁰ *Id.*, p. 5.

²⁹¹ *Id.*, p. 10.

cette prise en compte soit toujours guidée par « l'idée de favoriser le développement et l'épanouissement des communautés ». Donc, Doucet veut éviter l'asymétrie régressive, qui voudrait « utiliser ces dispositions pour diminuer les droits des communautés au Nouveau-Brunswick, en Alberta ou en Colombie-Britannique sous prétexte que la réalité linguistique est autre »²⁹².

Enfin, Doucet est d'avis que la proposition avec laquelle il pourrait « probablement vivre », soit d'ajouter à S-3 qu'il faut « tenir compte de la réalité linguistique des provinces », aurait le même effet que celle du Bloc québécois, qui votera en faveur du projet de loi au bénéfice des minorités françaises si le Québec en est soustrait. Il fait part de ses réflexions dans un échange avec le député Guy André :

M. Guy André : Je parle de l'amendement voulant que le Québec soit soustrait à l'application du projet de loi, dans le but de mieux protéger la Charte de la langue française au Québec.

M. Michel Doucet : La formulation que je propose est peut-être moins politiquement... Dans ce contexte, « tenir compte » reviendrait au même, c'est-à-dire tenir compte de la réalité linguistique des différentes provinces. La réalité linguistique du Québec, c'est qu'il s'agit de la seule province en Amérique du Nord où il y a une majorité de francophones. Il n'est pas nécessaire d'utiliser une terminologie qui remonte aux années 1980 : « une société distincte ».²⁹³

Le 9 juin, c'est au tour d'André Braën, professeur de droit à l'Université d'Ottawa, de se présenter devant le comité. Cette fois, ce sont les députés du Bloc qui, d'emblée, mentionnent les arrêts *Solski* et *Gosselin*. Guy André pose la question : si la jurisprudence indique qu'il faut tenir compte des contextes provinciaux dans l'interprétation des droits linguistiques, « [c]omment expliquez-vous qu'on ne reconnaisse pas nécessairement cet aspect, cette spécificité du Québec, à l'intérieur du projet de loi S-3 ? »²⁹⁴

Braën répond que l'approche préconisée autour de S-3 est la bonne. Ainsi, la loi doit créer les mêmes droits pour le français et l'anglais – il ne voit d'ailleurs pas comment la politique linguistique canadienne pourrait faire autrement – et par la suite, croit-il, les tribunaux poursuivront le travail contextuel. En d'autres mots, Braën explique que si S-3 ne reconnaît pas l'asymétrie c'est parce que ce n'est pas son rôle de le faire. L'asymétrie s'impose dans

²⁹² *Id.*

²⁹³ *Id.*

²⁹⁴ COMITÉ PERMANENT DES LANGUES OFFICIELLES, 38^e légis., 1^{re} sess., Ottawa, 9 juin 2005, p. 6.

un deuxième temps, précise-t-il, et ce, grâce à d'autres mécanismes. Il présume ainsi surtout du gros bon sens qui doit guider les différents acteurs appelés à intervenir dans la mise en œuvre de la politique linguistique canadienne.

Donc, pour Braën, d'une part, la proposition que fera le Bloc est en quelque sorte inconcevable :

Dans le cadre de la Loi sur les langues officielles et d'un engagement qui lie non pas la province de Québec, mais les autorités fédérales, *je vois mal comment on pourrait exclure le Québec de l'application*. On peut le faire. Le gouvernement canadien n'est pas obligé de légiférer d'un océan à l'autre. Il peut légiférer pour des territoires bien précis, mais *je vois très mal comment il pourrait écarter le Québec du champ d'application de cette mesure législative*.

On parle du développement des minorités de langue officielle. Or, une minorité de langue officielle existe également au Québec. Par ailleurs, il s'agira de concilier, à mon avis, les droits et les besoins de développement de cette minorité avec les besoins de promotion de la langue française au Québec. Je pense que ce n'est pas impossible, même si c'est délicat. (italiques ajoutés)²⁹⁵

Braën le répète :

À mon avis, *c'est impensable* [la proposition voulant exclure le Québec de S-3]. *Comment pourrait-on vendre le fait que la minorité anglophone du Québec ne puisse pas compter sur l'engagement du gouvernement fédéral? Je conçois mal cela*, puisque c'est un engagement fédéral, et non provincial. À partir de là, *je ne crois pas qu'on puisse exclure une province en tant que telle*. Dans ma tête, c'est clair.

[...]

Dans la mesure où il y a une dualité et deux langues officielles, *il est difficile de n'en promouvoir qu'une seule*. (italiques ajoutés)²⁹⁶

Autrement dit, peut-on ajouter, la politique linguistique canadienne se construit de la même façon depuis 1867. C'est le même principe symétrique qui guide les acteurs à chaque événement ; en 1867, 1969, 1982 et 1988. Maintenant, au cinquième événement (2005), il devient inconcevable de penser ajouter un élément asymétrique de cette nature à une structure parfaitement symétrique (dans les cas où les droits linguistiques trouvent application simultanément au Québec et hors Québec). C'est un peu ce que Braën veut souligner.

²⁹⁵ *Id.*, p. 6.

²⁹⁶ *Id.*, p. 8 et 9.

D'autre part, Braën soutient que « [l]es tribunaux, dont la Cour suprême du Canada, reconnaissent évidemment l'asymétrie linguistique »²⁹⁷. C'est évident, à ses yeux, parce que l'asymétrie est partout. Il cite l'article 133 de la L.C. 1867, applicable pareillement au Québec et au fédéral, mais pas aux autres provinces (il insiste sur ce dernier aspect). Il s'agit aussi de la clause d'adhésion de la *Loi constitutionnelle* de 1982, qui suspend uniquement au bénéfice de Québec un sous-paragraphe du droit à l'instruction dans la langue de la minorité. « Il y a donc une asymétrie qui est reconnue sur les plans constitutionnel et juridique », souligne-t-il²⁹⁸. On ne peut s'empêcher de reconnaître là les propos tenus en 2002 par le sénateur Gérald Beaudoin (dans un échange avec la sénatrice Fraser) dans le cadre de l'étude du projet de loi S-32.

L'asymétrie, c'est aussi le fait que l'égalité du français et de l'anglais vise implicitement à soutenir davantage la langue française. C'est ce que Braën nomme l'« asymétrie factuelle ». Et de ce qui est implicite, il présume que les acteurs en prennent compte dans l'action :

S'il est question de protéger l'anglais au Québec, j'ai l'impression que ce n'est pas nécessairement à Montréal qu'il faille le faire, mais plutôt en Gaspésie ou à d'autres endroits où la langue est en train de disparaître. Montréal est un cas particulier. J'ose espérer que les autorités gouvernementales sont conscientes de toute cette situation.²⁹⁹

En ce sens, il ajoute :

Je pense que le projet de loi S-3 sera – et doit – être perçu comme encourageant en particulier le développement de la minorité francophone hors Québec. Il y a une asymétrie sur le plan linguistique. La réalité est telle que l'anglais a peut-être moins besoin de promotion au Québec que le français n'en a besoin ailleurs au Canada. Le gouvernement fédéral l'a déjà reconnu, je pense. Le Commissariat aux langues officielles et les tribunaux le reconnaissent. On a tous reconnu la légitimité, pour le gouvernement du Québec – compte tenu de la situation de la province du Québec –, de promouvoir le français.

Pour moi, le projet de loi S-3 ne constitue pas une attaque contre la promotion du français. Au contraire, il vise à faire la promotion du français ailleurs. Je n'ai pas la même perspective que vous à ce sujet.

La réalité est telle que dans notre pays, une des deux langues officielles est bien souvent ignorée ou laisse tout à fait indifférent, et ce n'est pas l'anglais. Le projet de

²⁹⁷ *Id.*, p. 6.

²⁹⁸ *Id.*

²⁹⁹ *Id.*, p. 7.

loi S-3 devrait permettre aux autorités fédérales d'assurer un développement un peu plus harmonieux à cet égard.

Je vois mal comment le projet de loi S-3 pourrait être perçu comme étant une tentative – imaginez de quoi cela aurait l'air sur le plan politique –, de la part des autorités fédérales, de promouvoir la langue anglaise au Québec. Des études récentes mises de l'avant par le Conseil supérieur de la langue française du Québec ont démontré que, presque 30 ans après la Loi 101, la majorité des immigrants, soit 57 p. 100 d'entre eux, adoptent l'anglais au Québec, et ainsi de suite. Dans une telle situation, je vois mal comment on pourrait se servir du projet de loi S-3 pour promouvoir davantage l'anglais, alors que c'est la langue française qui doit être promue, y inclus au Québec.

À mon avis, le projet de loi S-3 vise d'abord et avant tout le développement des minorités francophones.³⁰⁰

L'asymétrie, c'est enfin, ajoute Braën, l'approche contextuelle dévoilée par l'arrêt *Solski* de la Cour suprême³⁰¹.

À chaque occasion, les députés du Bloc insistent sur le fait que S-3 reste de facture symétrique, et qu'il s'agit d'un problème pour eux. Guy André le dit ainsi : « La Cour suprême le reconnaît [l'approche contextuelle], mais sur le plan législatif parlementaire, on ne le reconnaît pas. »³⁰² Stéphane Bergeron le souligne aussi à plusieurs reprises lors de ses échanges avec Braën :

Ce n'est pourtant pas ce que dit le libellé de la loi [qu'il s'agit de soutenir davantage la langue française], où il est plutôt question de faire la promotion des minorités francophones et anglophone au Canada.

[...]

Je comprends l'interprétation que vous en faites, et je vous en sais gré. Le problème, c'est que ce n'est pas ce que dit le texte du projet de loi.

[...]

Le titre de la partie 7 de la Loi sur les langues officielles est : « Promotion du français et de l'anglais ». Indépendamment de l'interprétation que vous en faites, le texte de la loi est assez clair.³⁰³

En résumé, les députés du Bloc et le professeur André Braën se divisent sur la question de la confiance qu'il faut avoir dans les institutions canadiennes. Le Bloc veut que S-3 comprenne

³⁰⁰ *Id.*, p. 8.

³⁰¹ *Id.*, p. 9.

³⁰² *Id.*, p. 6.

³⁰³ *Id.*, p. 9.

directement une reconnaissance de l'asymétrie. Bergeron est inquiet : « je doute de la capacité des tribunaux de prendre en considération la situation linguistique, si le cadre législatif est très précis et ne permet pas une telle interprétation »³⁰⁴. Et Braën répond en substance ceci : ne vous inquiétez pas, les tribunaux et les autres acteurs feront la part des choses, et de toute façon on ne peut faire autrement sachant que votre proposition de soustraire le Québec est impensable considérant le mythe fondateur de la politique linguistique canadienne.

Le 14 juin, c'est Pierre Foucher, aussi professeur de droit, qui comparaît devant le comité³⁰⁵. Il dit ce que d'autres ont dit avant lui : « Étant donné la jurisprudence que nous avons à l'heure actuelle, les tribunaux sont maintenant conscients de l'asymétrie et l'intégreraient dans leur interprétation jurisprudentielle s'il y avait des procès ou des litiges. »³⁰⁶ Guy André pose alors la question qui a déjà été posée en réponse à une telle suggestion :

Vous dites que les tribunaux reconnaissent l'asymétrie des besoins en matière linguistique. Selon vous, pourquoi le fédéral hésite-t-il à inclure dans ce projet de loi une disposition visant à reconnaître les différences de statut des langues française et anglaise au Canada ? Pourquoi ne veut-il pas reconnaître cette asymétrie et l'inclure dans le projet de loi S-3 ? Pourquoi craint-il de le faire ou hésite-t-il à le faire ?³⁰⁷

Foucher est d'avis que la politique linguistique canadienne doit continuer dans la même voie puisque cette voie a permis aux minorités françaises de faire des gains qui pourraient être fragilisés par le changement que propose le Bloc. C'est l'idée défendue depuis Pierre Elliott Trudeau : toute clause offrant en principe une marge supplémentaire au Québec incitera les autres provinces à réclamer le même traitement, ce qui pourrait mener à l'effondrement de toute la structure. Foucher plaide aussi qu'il faut faire confiance aux institutions canadiennes :

À mon avis, commencer à mettre dans les lois des clauses qui excluent une province ou une autre au lieu de les mettre dans les ententes ou de le faire par décret, par règlement, etc. serait un précédent qui pourrait se répandre facilement. Par exemple, est-ce que l'Alberta ou la Colombie-Britannique pourrait demander d'être exemptée

³⁰⁴ *Id.*, p. 8.

³⁰⁵ Le 14 juin, le comité accueille également l'Impératif français, un organisme québécois de défense de la langue française. Son président, Jean-Paul Perreault, plaide pour qu'une disposition asymétrique soit ajoutée à S-3. La nature de la disposition aurait pour conséquence d'exempter le Québec de l'application du projet.

³⁰⁶ COMITÉ PERMANENT DES LANGUES OFFICIELLES, 38^e légis., 1^{re} sess., Ottawa, 14 juin 2005, p.

10.

³⁰⁷ *Id.*

de ses obligations en matière d'éducation en langue française à l'extérieur du Québec ? Je pense qu'il s'agit d'un précédent qu'il ne faut pas créer. Il faut faire confiance aux tribunaux, qui sont présentement sur la bonne voie. On a un pouvoir judiciaire qui nous sert bien. Le préjudice serait plus grand que le bénéfice.³⁰⁸

Bergeron profite de l'occasion pour tester la proposition avec laquelle Michel Doucet pourrait « probablement vivre », comme il l'a dit quelques jours plus tôt lors de son passage devant le comité. Il demande à Foucher ce qu'il penserait d'un ajout à S-3 relatif à l'exigence de tenir compte de la réalité linguistique des provinces dans l'interprétation de la loi. Contrairement à Doucet, loin des conséquences espérées par la proposition que défendra le Bloc, Foucher croit qu'une telle proposition ne ferait que codifier la jurisprudence : « C'est une idée, affirme-t-il. Encore une fois, c'est ce qui codifie la jurisprudence, et qui pourrait, en effet, permettre à un tribunal confronté à un problème de tenir compte de cette exhortation, tout comme il tient compte des objectifs d'une loi lorsque le législateur s'exprime en les définissant. »³⁰⁹

Le 16 juin, la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada, l'organisme qui se veut le principal porte-parole de la francophonie hors Québec, intervient devant le comité pour ajouter sa voix à ceux qui disent qu'il n'y a pas lieu de modifier S-3 en faveur de l'asymétrie³¹⁰. Elle appuie le principe du projet de loi³¹¹.

Pour son président, offrir des garanties réciproques pour les langues française et anglaise minoritaires est une façon de faire avancer les droits du français hors Québec :

Il est certain que la minorité anglophone du Québec a presque l'égalité de statut déjà, alors que ce n'est pas le cas des minorités francophones au Canada. Si la minorité

³⁰⁸ *Id.* Lors de son passage devant le comité le 29 septembre 2005, la politologue Linda Cardinal met en garde les partisans du projet de loi S-3 au sujet de la confiance qu'ils ont dans l'institution judiciaire. La promotion des minorités officielles reste une affaire politique, selon elle, et le fait de modifier la *Loi sur les langues officielles* de façon à permettre que des recours judiciaires soient fondés sur la partie 7 ne pourra pas remplacer la politique : « je trouve que vous tenez pour acquis que les juges vont accepter vos causes par "Immaculée Conception". Les juges ne sont pas obligés d'accepter d'entendre vos causes ou celles des minorités. Avec l'adoption de la Charte [canadienne], il y a eu une volonté d'en interpréter les dispositions de façon large et généreuse. Cela ne signifie pas que les juges vont toujours vouloir interpréter les dispositions de la Charte [canadienne] de cette façon. » (COMITÉ PERMANENT DES LANGUES OFFICIELLES, 38^e légis., 1^{re} sess., Ottawa, 29 septembre 2005, p. 5).

³⁰⁹ COMITÉ PERMANENT DES LANGUES OFFICIELLES, 38^e légis., 1^{re} sess., Ottawa, 14 juin 2005, p. 12.

³¹⁰ La Fédération des associations de juristes d'expression française de common law comparaît le même jour. Les deux organismes tiennent un discours semblable.

³¹¹ Tout comme le Quebec Community Groups Network, qui intervient le 4 octobre 2005 pour parler au nom des Anglo-Québécois.

anglophone du Québec avait vraiment l'égalité de statut, cela nous donnerait un levier supplémentaire pour obtenir l'égalité de statut dans nos provinces.³¹²

Deux autres représentants de l'organisme plaident qu'une asymétrie à S-3 serait inutile, puisqu'elle se retrouve déjà dans la jurisprudence. Ils viennent dire que la situation particulière de la langue française est reconnue depuis les arrêts *Ford* et *Solski* rendus par la Cour suprême du Canada. D'une part, grâce aux promesses de l'égalité réelle, qui laissent entendre que l'égalité des langues officielles ne peut être réellement atteinte avec un « traitement identique, égal, sans égard à la situation particulière des communautés »³¹³. D'autre part, considérant la prise en compte des contextes provinciaux, il n'est plus « nécessaire, du moins selon notre perspective, de spécifier que le Québec serait différent, puisqu'il l'est de toute façon. C'est une réalité. »³¹⁴

Stéphane Bergeron insiste. Alors, si tout ça est vrai, pourquoi ne pas l'écrire dans le projet de loi ? Pourquoi ne pas spécifier directement que la loi doit être interprétée en tenant compte de la réalité linguistique des provinces ? Les représentants de la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada répondent en reprenant des thèmes abordés par les juristes Michel Doucet et Pierre Foucher devant le comité. Ils veulent éviter les risques d'une asymétrie qui prendrait une forme régressive et craignent qu'un changement dans l'architecture de la politique linguistique canadienne fragilise certains gains judiciaires obtenus par les minorités françaises. Le régime symétrique les sert bien :

Il faut se rendre compte que les mots « particularités linguistiques » peuvent aussi être très dangereux pour nos communautés.

À ce stade, cela traite un peu de la préoccupation du Québec, mais, d'un autre côté, cela peut aussi affecter certaines de nos communautés plus minoritaires. Pour nous, c'est donc une approche inquiétante.

[...]

Pour nous, il est important d'éviter qu'une modification au libellé affecte de façon négative les communautés francophones et acadienne.³¹⁵

Le 21 juin, un autre juriste de renom sur la question des droits linguistiques au Canada, l'avocat Ronald Caza, se présente devant le comité. Ce dernier jouit d'une notoriété certaine

³¹² COMITÉ PERMANENT DES LANGUES OFFICIELLES, 38^e légis., 1^{re} sess., Ottawa, 16 juin 2005, p. 5.

³¹³ *Id.*, p. 6.

³¹⁴ *Id.*

³¹⁵ *Id.*, p. 10.

dans la francophonie hors Québec depuis qu'il a plaidé la cause de l'hôpital Montfort devant la Cour d'appel de l'Ontario au tournant des années 2000. Comme d'autres intervenants avant lui, il navigue avec habileté dans le débat symétrie-asymétrie.

D'abord, Caza indique qu'il existe une culture de la symétrie au Canada :

Il est important de comprendre que le message que le Québec envoie à sa minorité linguistique en dit beaucoup sur le message que nous allons recevoir de notre majorité linguistique.

Quand le Québec hésite et a toutes sortes de réflexes pour essayer de limiter les droits de la minorité linguistique anglophone, les autres provinces se demandent tout de suite pourquoi elles devraient respecter les droits des minorités linguistiques francophones alors que le Québec ne respecte pas sa minorité linguistique anglophone.³¹⁶

Ensuite, Caza ne voit pas l'utilité de modifier le projet de loi S-3 dans le sens de l'asymétrie. « Ce n'est pas nécessaire de l'écrire dans le projet de loi », affirme-t-il, parce que « c'est une question de logique ». Braën était précédemment venu le dire ainsi : soyons symétrique sur le plan des droits et des principes, et l'asymétrie fera nécessairement son œuvre par la suite. Caza répète aussi que la Cour suprême du Canada reconnaît déjà l'asymétrie avec son approche contextuelle :

Vous dites que le Québec est différent des autres provinces parce qu'en tant que province, il est en situation minoritaire au sein de l'Amérique du Nord. C'est une réalité qui a déjà été reconnue par la Cour suprême du Canada.

[...]

On n'a pas besoin d'écrire dans le projet de loi que le Québec est différent ni qu'il a besoin d'outils différents.

[...] Elle n'est pas inscrite dans le projet de loi [la prise en compte de la situation du Québec], mais c'est une question de logique.³¹⁷

Pour Caza, inscrire l'asymétrie dans S-3 (ou prévoir l'exigence de tenir compte de la réalité linguistique du Québec ou des provinces dans l'interprétation) constitue un « danger » pour

³¹⁶ COMITÉ PERMANENT DES LANGUES OFFICIELLES, 38^e légis., 1^{re} sess., Ottawa, 21 juin 2005, p. 3. Le député acadien Yvon Godin exprime une préoccupation semblable le 6 octobre 2005 devant le comité : « Là où nous avons une province majoritairement francophone, je sens que le traitement à l'égard des anglophones est le même que celui que ces derniers réservent aux francophones du Canada, et cela persiste depuis des années. » (COMITÉ PERMANENT DES LANGUES OFFICIELLES, 38^e légis., 1^{re} sess., Ottawa, 6 octobre 2005, p. 11)

³¹⁷ COMITÉ PERMANENT DES LANGUES OFFICIELLES, 38^e légis., 1^{re} sess., Ottawa, 21 juin 2005, p. 3.

les minorités françaises. Un danger considérant que l'asymétrie pourrait finalement prendre une forme régressive, contraire aux intérêts de la francophonie hors Québec. Un danger aussi parce qu'elle pourrait déstabiliser le rang particulier qu'occupent le français et l'anglais au Canada, les seules langues officielles, pour donner dans certaines régions un levier à d'autres langues minoritaires. Caza témoigne :

[S]i on parle de la réalité linguistique, il faut comprendre que dans certaines provinces, les francophones ne sont pas le deuxième groupe linguistique : ils sont parfois le sixième, le septième ou le huitième.

Vous seriez surpris d'apprendre à quel point on nous dit souvent, que ce soit en Ontario ou dans d'autres régions, qu'il y a plus d'Italiens, de Chinois ou d'Ukrainiens que de francophones. Ces gens nous font remarquer qu'il n'y a presque pas de francophones et demandent qu'on ne les embête pas avec ces questions. C'est justement dans ces situations qu'on doit souligner la différence entre les autres communautés et les deux peuples fondateurs. Il s'agit là d'une différence reconnue dans notre Constitution, donc une différence essentielle à comprendre dans le cadre de tout ce litige.

En fait, si l'objectif de l'amendement est de protéger le Québec en tenant compte de sa situation particulière, ce n'est pas nécessaire. Si on l'écrit alors que ce n'est pas nécessaire, cela pourra servir d'argument à d'autres provinces pour minimiser les droits des francophones. Tel est le danger réel. Si vous adoptez un tel projet de loi, il se pourrait que quelqu'un, par exemple le procureur général d'une province autre que le Québec, dise haut et fort que cela ne peut pas s'appliquer uniquement au Québec parce que si c'était le cas, on l'aurait précisé. On soulignerait alors que c'est par conséquent applicable à d'autres provinces.

On pourrait alors trouver des situations où le principe s'applique et invoquer le fait que dans une province donnée, l'anglais est menacé. En Colombie-Britannique, par exemple, il y a dans certaines villes des minorités très importantes constituées de gens qui ne parlent ni le français ni l'anglais. Si on commence à prendre des mesures en ce sens, les problèmes commenceront.³¹⁸

Stéphane Bergeron pose la question autrement. En fait, c'est toujours la même préoccupation : si la jurisprudence reconnaît quelque chose, pourquoi ne pas inscrire ce quelque chose dans la loi ? Caza répète que l'inclusion de l'idée d'asymétrie dans S-3 pourrait fragiliser certains gains judiciaires enregistrés par les minorités françaises, venir jouer contre elles :

Je ne suis pas d'accord sur l'idée d'ajouter au projet de loi une disposition qui oblige à considérer la réalité linguistique des provinces, et j'ai déjà expliqué pourquoi. C'est

³¹⁸ *Id.*, p. 4 et 5.

que les provinces à majorité anglophone se serviraient de cela. La seule raison pouvant justifier qu'on ajoute une telle disposition serait pour assurer que la réalité du Québec est prise en considération. C'est en effet la seule réalité pertinente au Canada. Il n'y en a pas d'autre. Or, les tribunaux ont déjà décrété qu'en matière constitutionnelle – et j'ajouterais même en matière quasi constitutionnelle –, on se devait de tenir compte de cette réalité. On constate donc après analyse qu'il n'est pas nécessaire de l'ajouter. Il est dangereux d'inclure dans des projets de loi des choses qui ne sont pas nécessaires : cela finit toujours, d'une façon ou de l'autre, par affaiblir les droits existants.

[...]

Imaginez qu'on écrive dans le projet de loi qu'on peut regarder la réalité de la province et qu'on envoie ce projet de loi à toutes les provinces anglophones en leur disant que c'est ce qu'elles doivent utiliser pour protéger et respecter les minorités linguistiques. Le message qu'on donne à tout le monde est qu'il est possible de creuser afin de trouver des excuses pour ne pas respecter ses obligations. Au Québec, vous n'avez pas besoin de creuser, car vous avez déjà la protection. Mais les autres provinces vont commencer à creuser pour pouvoir se servir de cet ajout contre nous. Le danger est pour nous, les minorités linguistiques francophones à l'extérieur du Québec. C'est pourquoi je crois qu'il est dangereux d'ajouter un tel amendement.³¹⁹

Malheureusement, personne ne questionnera la portée de cette reconnaissance judiciaire de l'asymétrie – si c'est ce qui se retrouve dans les arrêts *Ford*, *Solski* et *Gosselin* – ou ce que peut vouloir dire la prise en compte des contextes provinciaux dans l'interprétation des droits linguistiques. Or, la Cour suprême peut très bien prendre en considération la situation particulière du Québec dans le cadre d'une approche symétrique ; qui cherche, par exemple, à anticiper les conséquences pour les francophones hors Québec d'une décision rendue en contexte québécois. La Cour suprême peut également favoriser l'asymétrie dans la mesure où des droits et des principes identiques pour tout le Canada peuvent être accompagnés d'une marge provinciale, mais voir du même coup à ce qu'ils s'exercent dans le respect de droits et principes symétriques. Rien ne garantit alors que le français y gagnera partout, y compris au Québec. Et le Québec et les minorités françaises seront toujours encouragés à intervenir en fonction de leurs intérêts propres, pour influencer l'évolution de ces droits et principes, quitte à s'entredéchirer.

Le comité procède à l'étude de S-3 article par article le 20 octobre 2005. Comme prévu, le Bloc québécois propose trois amendements visant à inscrire l'asymétrie dans le projet de loi.

³¹⁹ *Id.*, p. 8 et 10.

Le premier veut soustraire le territoire québécois de l'obligation qu'ont les institutions fédérales « de veiller à ce que soit prises des mesures positives pour mettre en œuvre » l'engagement de favoriser le développement des minorités officielles et de promouvoir l'égalité des deux langues dans la société canadienne.

Le président du comité indique que cette première proposition est « irrecevable ». Pourquoi ? Il défend la décision ainsi : « On explique cela par le fait que le projet de loi S-3 renforce le caractère exécutoire des obligations du gouvernement partout au Canada, tandis que cet amendement va à l'encontre de cet esprit. Au lieu de le renforcer, il prévoit plutôt un traitement différent pour le Québec. »³²⁰ Autrement dit, le président rappelle le vote du 13 avril 2005. À cette occasion, la Chambre des communes s'est entendue pour donner à un comité d'étude le soin de voir comment on peut faire progresser les droits du français et de l'anglais, et ce, partout au Canada. Alors, puisque la proposition du Bloc contredit à cette étape-ci, juge-t-on, ce principe en limitant leur progression sur une partie du territoire canadien seulement, elle est irrecevable.

La députée Paule Brunelle prend la parole pour expliquer la démarche du Bloc. Elle dit comprendre l'importance de S-3 pour les minorités françaises, mais, en même temps, qu'« [o]n ne peut pas chercher à établir une égalité entre le français et l'anglais au Québec ». Car « la langue française devrait avoir un statut particulier au Québec ». Puis elle conclut : « Nous avons donc proposé cet amendement parce que nous souhaitons aider les francophones hors Québec, tout en tenant compte de notre nécessité, soit de protéger la langue française au Québec. » Sans plus tarder, le président du comité redirige les travaux : « Merci, madame Brunelle, de nous avoir sensibilisés à votre point de vue. Il n'y a pas d'autres discussions sur ce sujet. »³²¹

³²⁰ COMITÉ PERMANENT DES LANGUES OFFICIELLES, 38^e légis., 1^{re} sess., Ottawa, 20 octobre 2005, p. 32.

³²¹ *Id.* Une note d'information datée du 11 octobre 2005 et signée par le Service de recherche du cabinet du chef du Bloc québécois, retrouvée dans les archives du Bloc (qu'on a pu consulter grâce à l'organisation du bureau de Louis Plamondon), révèle que le Bloc anticipait la décision du comité d'étude au sujet de l'irrecevabilité des amendements qu'il allait proposer à S-3. Le Bloc n'a pas su trouver une formule susceptible à la fois d'inscrire l'asymétrie dans le projet de loi et de rallier à l'extérieur de ses rangs : « La stratégie originale était de voter contre le projet de loi S-3 en deuxième lecture et de déposer, lors de l'étape de l'étude en comité, des amendements excluant le Québec de l'application des articles 41 et 43 de la Loi sur les langues officielles bien que ces amendements ne soient pas nécessairement recevables² [“2. Avis préliminaire du greffier du comité des Langues officielles.”] ni n'auront l'appui des autres partis. »

Pour « les mêmes raisons », le président indique que le deuxième amendement proposé par le Bloc Québécois est irrecevable. Celui-ci voulait créer une égalité des langues officielles à deux vitesses, l'une qui « concerne la province de Québec » et l'autre « qui concerne les autres provinces et territoires ». Il est jugé contraire au principe de S-3.

La troisième proposition du Bloc québécois cherchait à confirmer que la partie 7 de la *Loi sur les langues officielles* puisse fonder un recours judiciaire, sauf dans les cas où la plainte « est déposée soit par un résident de la province de Québec, soit un résident d'une autre province ou d'un territoire à l'égard de faits – actes ou omissions – accomplis au Québec ». Elle est aussi jugée irrecevable pour les mêmes motifs que les deux précédentes.

Le député Yvon Godin se réjouit que toutes les minorités officielles conservent le même traitement : « Le fédéral a besoin de bien les traiter également, et c'est ce que fera le projet de loi. »³²²

Suivant le vote sur chacun des articles du projet de loi, le comité d'étude prépare un rapport et renvoie la balle à la Chambre des communes. Là, le Bloc insiste à nouveau sur l'importance qu'il accorde à l'idée d'inscrire en toutes lettres l'asymétrie dans S-3. Le 27 octobre 2005, un député libéral (Marc Godbout, un élu de la région d'Ottawa) rétorque que « le plus important est que la Loi sur les langues officielles s'applique à l'ensemble du territoire du Canada »³²³. Celui-ci poursuit en affirmant que le Québec n'a rien à craindre puisque la Cour suprême a déjà indiqué que les droits linguistiques pouvaient être interprétés en fonction du contexte de chaque province³²⁴.

³²² COMITÉ PERMANENT DES LANGUES OFFICIELLES, 38^e légis., 1^{re} sess., Ottawa, 20 octobre 2005, p. 39.

³²³ DÉBATS DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, 38^e légis., 1^{re} sess., vol. 140, n^o 143, Ottawa, 2004-2005, p. 9215.

³²⁴ Le député libéral dit ceci : « Dans ce même esprit, j'aimerais rassurer ceux et celles qui, dans cette Chambre, craignent que l'adoption du projet de loi puisse affaiblir le statut de la langue française au Québec. À cet égard, la jurisprudence, et notamment la jurisprudence de la Cour suprême du Canada dans les dossiers concernant le Québec, est sans équivoque : les droits linguistiques doivent être interprétés en regard du contexte et de la dynamique linguistique propre à chaque province. » (*id.*) Quelques jours plus tard, le 17 novembre 2005, Françoise Boivin, alors élue québécoise sous la bannière libérale, reprend exactement le même discours, mot pour mot, virgule pour virgule, comme si elle lisait le même carton, à la Chambre des communes (DÉBATS DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, 38^e légis., 1^{re} sess., vol. 140, n^o 152, Ottawa, 2004-2005, p. 9844).

Le 17 novembre 2005, toujours aux Communes, le bloquiste Guy Côté explique la démarche que sa formation politique a suivie depuis le début. Il se désole que les amendements proposés n'aient pas été acceptés :

Même si nous sommes conscients de l'importance de ce projet de loi pour les communautés francophones en milieu minoritaire, nous avons proposé une série d'amendements, lors de l'étude en comité. Ce que nous voulions, au Bloc québécois, c'était de préserver le projet de loi S-3 dans sa forme actuelle pour les communautés francophones canadiennes, mais en limiter la portée territoriale, de manière que les nouvelles obligations ne trouvent pas application au Québec.³²⁵

Le même jour, la Chambre vote en faveur de S-3. Le projet de loi est sanctionné le 25 novembre 2005.

- Un dénouement finalement prévisible

Le sénateur Jean-Robert Gauthier a construit un projet parfaitement symétrique. Devant le Sénat, il le défend comme Pierre Elliott Trudeau l'aurait fait : il faut faire progresser les droits de l'anglais au Québec comme les droits du français hors Québec afin de protéger le Canada contre la balkanisation du français au Québec et de l'anglais ailleurs au pays. Témoinant devant le comité d'étude de la Chambre des communes, Gauthier admet que c'est en toute connaissance de cause qu'il n'a pas voulu inscrire de disposition asymétrique dans le projet.

Aux Communes, le parrain de S-3, Don Boudria, reprend tel quel le combat mené par le sénateur Gauthier. Le ministre responsable des langues officielles (qui ne participe que très peu aux débats), Raymond Simard, un élu du Manitoba, dit ceci devant le comité d'étude de la Chambre des communes le 6 octobre 2005 : « Les programmes peuvent être asymétriques, mais pas les droits. Cela devrait être parfaitement égal partout au pays. »³²⁶ S-3 est ainsi conforme au mythe fondateur de la politique linguistique canadienne : on crée des droits égaux, applicables au Québec et ailleurs. La francophonie canadienne est appelée à se diviser à nouveau dans des litiges portant sur les droits linguistiques.

Durant les différentes étapes menant à son adoption, S-3 a même, sur le débat symétrie-asymétrie, opposé essentiellement des représentants du Québec (les élus du Bloc québécois,

³²⁵ (DÉBATS DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, 38^e légis., 1^{re} sess., vol. 140, n^o 152, Ottawa, 2004-2005, p. 9842.

³²⁶ COMITÉ PERMANENT DES LANGUES OFFICIELLES, 38^e légis., 1^{re} sess., Ottawa, 6 octobre 2005, p. 12.

occupant 54 des 75 sièges du Québec à la Chambre des communes) et des parlementaires membres de la francophonie hors Québec. Le Bloc semble toujours avoir été à la recherche d'une formule pouvant rallier à l'extérieur de ses rangs. Mais jamais les Jean-Robert Gauthier (Ontario), Yvon Godin (Nouveau-Brunswick), Don Boudria (Ontario), Raymond Simard (Manitoba), n'ont laissé entendre qu'ils pouvaient être ouverts à l'inclusion dans S-3 d'un mécanisme favorisant l'asymétrie³²⁷. Ces derniers ont contribué à ce que la construction de l'intention législative sur les langues officielles soit, en 2005, fidèle à ce qui s'est fait lors des quatre événements précédents : 1867, 1969, 1982 et 1988. La Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada y a participé également.

Devant le comité d'étude de la Chambre des communes, les intervenants donnent des justifications au maintien d'une facture symétrique. La première est qu'il n'y a pas lieu d'y accorder d'espace puisqu'il est déjà acquis judiciairement que l'interprétation des droits linguistiques doit prendre en compte les contextes provinciaux. Malheureusement, personne n'a pensé au fait que l'asymétrie n'est pas en soi une idée permettant de favoriser le français partout au Canada, y compris au Québec. De multiples manifestations, parfois contradictoires, peuvent être placées sous cette étiquette.

Neuf autres justifications ont été invoquées durant ces travaux. En ce sens, l'asymétrie pourrait être : discriminatoire à l'endroit des Anglo-Québécois ; incompatible avec l'égalité juridique des provinces au Canada ; régressive et défavorable aux minorités françaises les plus fragiles ; difficile à articuler ; impensable considérant les fondements de la politique linguistique canadienne ; susceptible d'ébranler des gains judiciaires enregistrés dans le cadre d'une structure symétrique ; contraire à la stratégie visant à réclamer pour le français hors Québec les acquis de la langue anglaise en territoire québécois ; nuisible pour le rang privilégié des deux langues officielles en ouvrant la porte à d'autres langues minoritaires présumées vouloir grimper dans une hiérarchie de l'officialité linguistique ; responsable

³²⁷ Dans un échange avec Raymond Simard le 14 juin 2005 devant le comité d'étude, Jean-Paul Perreault, président d'Impératif français, un organisme québécois de défense de la langue française, s'en désolé : « Nous sommes malheureusement trop souvent placés dans une situation où les francophones hors Québec et les Québécois sont mis en opposition, pour ne pas dire en confrontation. Entre vous et moi, je trouve cela dommageable. Le projet de loi S-3 crée même cette dynamique improductive entre francophones. » (COMITÉ PERMANENT DES LANGUES OFFICIELLES, 38^e légis., 1^{re} sess., Ottawa, 14 juin 2005, p. 6)

d'une escalade de demandes de dérogations au principe de la politique linguistique canadienne par des provinces jalouses d'un traitement particulier accordé au Québec.

Avant de conclure, on y revient : l'argument le plus ressassé durant les débats portant sur S-3 est l'argument de la reconnaissance judiciaire déjà acquise de l'asymétrie. Il s'avère très efficace : pourquoi complexifier la marche des travaux parlementaires avec une question qui est réglée ? Il faut dire que les circonstances jouent en faveur de cet argument. Le projet de loi S-3 est débattu entre l'automne 2004 et l'automne 2005, et les arrêts *Solski* et *Gosselin* sont publiés le 31 mars 2005. Insister pour inscrire l'exigence de la prise en compte des contextes provinciaux dans l'interprétation de la politique linguistique canadienne devient comme un pléonasme puisque la Cour suprême du Canada vient justement de dire que tel était déjà l'état du droit. La preuve : il est désormais entendu que Québec jouit d'une marge de manœuvre dans le choix de critères d'accès à l'école de langue anglaise (arrêt *Solski*) et la loi 101 peut valablement diriger les francophones vers l'école de langue française (arrêt *Gosselin*). Qui dit mieux ?

On aurait pu insister pour savoir comment fonctionne cette idée asymétrique sans cesse répétée. Car le nombre de manifestations susceptibles de se retrouver sous l'étiquette « asymétrie » est presque infini. Si l'« asymétrie » est utilisée pour désigner une marge de manœuvre provinciale dans la mise en œuvre de droits et de principes uniformes applicables au Québec et ailleurs au Canada, on sait qu'elle ne pourra unir la francophonie canadienne. Le Québec et les minorités françaises auront toujours juridiquement intérêts à intervenir pour influencer l'évolution de ces droits et principes en fonction de leurs intérêts propres, quitte à se diviser.

Malgré le dénouement prévisible de l'événement de 2005, le travail du Bloc québécois a révélé qu'une forme d'asymétrie potentiellement rassembleuse (du point de vue juridique) pour la francophonie – avec des droits différents au Québec et dans le reste du Canada, avec une égalité à deux vitesses des deux langues – est contraire au principe de la *Loi sur les langues officielles*, du moins selon une certaine lecture de celui-ci. Car le principe de S-3 c'est celui de toute la loi : un même traitement pour chaque province, une même égalité partout, bref, des droits symétriques applicables à travers le Canada.

Même que le Bloc avait raison de s'inquiéter. La Cour suprême du Canada lui en apportera la preuve dans l'arrêt *Nguyen* rendu en 2009. Bref, l'approche contextuelle ne protège pas la loi 101 des attaques constitutionnelles. Les années qui suivent le cinquième événement construisant l'intention législative sur les langues officielles auront aussi pour effet de refroidir l'enthousiasme des francophones hors Québec. Le retour de l'interprétation restrictive des droits linguistiques devant le plus haut tribunal canadien les laisse bien seuls devant des provinces anglophones qui ne se soucient pas vraiment de leur sort ; outre peut-être leur apport culturel. La Cour suprême garde une constante depuis toujours : elle tranche en fonction d'une lecture symétrique, conformément aux théories de la conception de la politique linguistique canadienne. Le malheur des minorités françaises pourrait-il par conséquent faire prochainement réciproquement le bonheur du Québec ?

b) Les contextes provinciaux, l'approche symétrique et une opposition dans la francophonie.

Après le cinquième et dernier événement construisant l'intention législative sur les langues officielles au Canada, qui confirme les quatre précédents et illustre l'indépassable intention symétrique, plus rien ne devrait surprendre. Pourtant, personne ne s'habitue vraiment à voir la francophonie canadienne s'entredéchirer.

D'un côté, depuis 2005, la Cour suprême du Canada rend quatre arrêts au sujet du droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Le premier concerne une affaire québécoise, les trois autres tranchent des litiges en provenance du reste du Canada. Ils sont traités ensemble, dans un premier temps, parce qu'ils se répondent directement l'un l'autre.

Dans le premier, rendu dans l'affaire *Nguyen* en 2009, deux associations représentant des minorités françaises interviennent contre le procureur général du Québec³²⁸. Ce dernier perd sa cause : il ne parvient pas à justifier auprès du plus haut tribunal canadien les dispositions de la loi 101 jugées contraires au droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Des questions surgissent quant au rôle que peut jouer l'article premier de la *Charte canadienne* dans l'affirmation de l'asymétrie en matière de droits linguistiques. Dans le second arrêt, la Cour suprême construit sur l'approche exposée dans l'affaire *Nguyen* pour donner raison à la francophonie minoritaire dans l'arrêt *Rose-des-vents*, rendu le 24 avril 2015³²⁹. Bref, ce 24

³²⁸ *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2009 CSC 47.

³²⁹ *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21.

avril 2015, la Cour suprême valide l'analyse que les associations représentant des minorités françaises avaient faite en 2009, alors qu'elles avaient été poussées à intervenir contre le procureur général du Québec. Des juristes œuvrant du côté de la francophonie hors Québec, comme Mark Power et Ronald Caza, persistent et signent à cet effet. L'épisode de 2009 se reproduirait si c'était à refaire.

Mais la symétrie est ce qu'elle est. Et la francophonie hors Québec se voit confrontée à un dur revers lorsque la Commission scolaire francophone du Yukon est déboutée le mois suivant, 14 mai 2015³³⁰. Le procureur général du Québec intervient dans cette affaire *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23* pour plaider contre les intérêts des minorités françaises ; et, ce qui rappelle l'arrêt *Solski* rendu en 2005, mais avec une démarche allant cette fois en sens inverse, la Cour suprême tranche une question portée par la francophonie hors Québec en prenant en compte les répercussions à prévoir en territoire québécois. L'interprétation symétrique est manifestement toujours bien vivante, comme à ses plus beaux jours.

Enfin, le 12 juin 2020, le juge Richard Wagner, qui écrit pour la majorité dans une affaire provenant de la Colombie-Britannique, clarifie la place que doit occuper l'article premier de la *Charte canadienne* dans un débat portant sur le droit à l'instruction dans la langue de la minorité³³¹. La communauté francophone sort gagnante d'une longue bataille judiciaire où la province ne parvient pas à justifier le caractère raisonnable de ses choix politiques. Pour notre analyse, cette affaire éclaire surtout le raisonnement retrouvé dans l'arrêt *Nguyen* rendu onze ans plus tôt : qu'il faille justifier une mesure protégeant le français au Québec ou des choix défavorisant le français dans le reste du Canada, l'article premier est tout aussi difficile à invoquer. Des groupes de pression anglo-québécois ne manquent pas de s'en réjouir.

D'un autre côté, parallèlement, on constate un retour de l'interprétation restrictive des droits linguistiques sur d'autres sujets que le droit à l'instruction dans la langue de la minorité, dans des affaires provenant de l'extérieur du Québec. Ce retour est non sans rappeler ce qui se disait au temps de la trilogie de 1986 (voir la sous partie I.B] ii] b)). Dans trois arrêts portant

³³⁰ *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureur général)*, 2015 CSC 25.

³³¹ *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13.

sur le bilinguisme législatif et judiciaire, la Cour suprême décide, à la majorité, de s'en remettre au choix politique des provinces anglophones de limiter chez elles les droits du français. Il s'agit des affaires *Charlebois* (2005)³³², *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique* (2013)³³³ et *Caron* (2015)³³⁴.

Mais la symétrie est ce qu'elle est, doit-on le redire. Et la question suivante s'impose : Québec pourrait-il, grâce à cette tendance à la limitation de certains droits du français hors Québec, se voir réciproquement dégrever de certaines de ses obligations constitutionnelles sur le même sujet ? Plus exactement, dans la suite de ce mouvement, le gain québécois enregistré dans l'arrêt *MacDonald* (1986) pourrait-il en contrepartie renaître ? Ou retrouver toute sa certitude ? Il faudrait, pour ce faire, et considérant la stratégie judiciaire voulant que les droits linguistiques soient interprétés conformément aux théories de la conception de la politique linguistique canadienne, que ces trois arrêts récents (rendus à la majorité) puissent être raccrochés à l'intention législative sur les langues officielles au Canada (lorsque des droits visent simultanément le Québec et le reste du Canada). C'est là que se trouve la symétrie.

Avant de répondre à cette dernière question, traitons d'abord des arrêts relatifs au droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Le portrait est complet. La Cour suprême raconte ce qu'elle raconte depuis le début de cette histoire.

- Les gains et les revers en va-et-vient d'une francophonie jouant le jeu de la symétrie

Au Québec, l'école de langue anglaise est réservée aux membres de la communauté anglo-québécoise. Il en est ainsi parce que le pouvoir d'attraction de l'anglais est tel que si tous les parents avaient le droit de choisir entre l'école de langue française ou l'école de langue anglaise pour leurs enfants, beaucoup choisiraient l'école de langue anglaise, même chez les immigrants allophones et les francophones. Autrement dit, il est entendu que le libre choix de la langue d'enseignement constitue, à terme, une menace pour l'existence du Québec comme société française. Avant l'adoption de la loi 101 en 1977, 90 % des parents

³³² *Charlebois c. Saint John (Ville)*, [2005] 3 R.C.S. 563.

³³³ *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2013 CSC 42.

³³⁴ *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56. Ces arrêts sont retenus même s'ils n'ont pas pour la même période de pendant québécois en raison du fait qu'ils font échos à des décisions passées de la Cour suprême dans des affaires émanant du Québec et portant exactement sur le même sujet.

immigrants allophones (vivant sur l'île de Montréal, là où se concentrent presque toutes les populations immigrantes du Québec) faisaient le choix de l'école de langue anglaise pour leurs enfants³³⁵.

Si le législateur québécois décide d'intervenir en 1977, jamais, cependant, n'a-t-il songé à encadrer l'accès aux écoles privées qui n'obtiennent aucune subvention de la part du gouvernement du Québec. Et encore aujourd'hui, malgré la loi 101, tous les parents disposant de moyens financiers suffisants peuvent faire le choix d'une école privée non subventionnée où l'enseignement se donne en anglais pour leurs enfants. Cette liberté dont dispose les parents ne pose en soi aucun problème pour l'avenir du français au Québec. Mais le développement d'une passerelle qui permettait le passage vers le réseau scolaire public anglophone des enfants fréquentant d'abord une école de langue anglaise privée non subventionnée du Québec est venue changer la donne au cours des années 1990. Au tournant des années 2000, c'est plus de 1 000 enfants par année, qui devaient normalement fréquenter l'école de langue française, qui réussissent à passer au réseau public anglophone grâce à un court séjour (de quelques mois, voire quelques semaines) dans une école privée anglaise non subventionnée du Québec³³⁶.

Cette passerelle était possible d'une part grâce au droit à l'instruction dans la langue de la minorité, qui comprend le droit à la continuité d'emploi de la langue d'instruction, prévu dans la *Charte canadienne*. Un enfant qui fréquente une école de langue anglaise – que ce soit au Québec ou dans le reste du Canada (avant qu'il déménage au Québec), que ce soit dans le réseau public ou privé, et ce, peu importe que son parcours scolaire ait été entamé récemment ou pas – possède le droit constitutionnel de poursuivre, à certaines conditions, son éducation primaire et secondaire en anglais au Québec.

³³⁵ Pour l'année scolaire 1971-1972, 89,9 % des parents immigrants allophones vivants sur l'île de Montréal faisaient le choix de l'école de langue anglaise pour leurs enfants. La même année, 4,8 % des parents francophones et 90,5 % des parents anglophones vivants sur l'île de Montréal faisaient ce choix. Pour l'année scolaire 2011-2012, la dernière année pour laquelle les données finales sont accessibles, les francophones, anglophones et allophones fréquentaient respectivement l'école de langue anglaise dans les proportions suivantes sur l'île de Montréal : 3,9 %, 74,2 % et 15 % : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Indicateurs linguistiques. Secteur de l'éducation. Édition 2013*, Québec, Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport, 2014, p. 14. Les « allophones » sont les personnes qui ont déclaré une langue maternelle autre que le français, l'anglais ou une langue autochtone : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Indicateurs linguistiques. Secteur de l'éducation. Édition 2013*, Québec, Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport, 2014, p. 2.

³³⁶ *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2007 QCCA 1111, par. 173.

Cette passerelle jouissait aussi d'autre part du concours de l'administration québécoise. Dans l'évaluation d'une demande d'accès à l'école de langue anglaise, celle-ci jugeait qu'un enfant avait effectivement reçu la « majeure partie » de son enseignement en anglais (critère permettant de déterminer l'existence d'un lien entre l'enfant et les institutions de la communauté anglo-québécoise, inscrit dans la loi 101) dès que son dossier démontrait, sans autre considération, qu'il avait majoritairement reçu son enseignement en anglais. Si bien qu'un très court séjour dans une école de langue anglaise privée non subventionnée en début de parcours scolaire au Québec était jugé comme une démonstration suffisante que la « majeure partie » de l'enseignement reçu par l'enfant l'avait été en anglais. Cette démonstration faite, l'enfant obtenait le droit de poursuivre son éducation en anglais dans l'école publique de son choix au Québec.

Durant les années 1990, la passerelle devient de plus en plus populaire. Un nombre toujours grandissant d'enfants se mettent à l'emprunter. En 2002, dans les circonstances, le législateur québécois décide d'intervenir. La loi 101 est modifiée de sorte que le temps passé dans une école de langue anglaise privée non subventionnée du Québec ne soit plus pris en compte dans l'évaluation d'une demande d'accès à l'école de langue anglaise³³⁷. Désormais, un enfant ayant reçu la « majeure partie » de son enseignement en anglais, et se qualifiant en conséquence pour la poursuite de son éducation en anglais dans une école publique, est un enfant dont le dossier démontre qu'il a majoritairement reçu son enseignement en anglais, mais sans égard au temps passé dans une école de langue anglaise privée non subventionnée du Québec. Autrement dit, ce dernier enseignement, pour les fins de l'évaluation d'une demande d'accès à l'école de langue anglaise, est disqualifié. Le législateur québécois juge ainsi que le temps passé dans une école privée non subventionnée témoigne davantage des moyens financiers des parents que du lien entre l'enfant et les institutions de la communauté anglo-québécoise³³⁸. Tout est alors en place pour une contestation judiciaire. On l'imagine sans peine.

³³⁷ *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 2002, c. 28, art. 3.

³³⁸ En 2002, la loi 101 est également modifiée de façon à exclure du calcul de la « majeure partie » l'enseignement reçu en anglais sur la base de différentes exemptions exceptionnelles à l'obligation de fréquenter l'école française, par exemple, celle offerte aux enfants de travailleurs justifiant d'un « séjour temporaire » au Québec. C'est l'idée que cet enseignement témoigne d'une situation exceptionnelle avant de démontrer l'existence d'un lien avec les institutions de la communauté anglo-québécoise.

Dans l'affaire *Nguyen*, un groupe de parents désirant envoyer leurs enfants à l'école publique anglaise au Québec attaquent la constitutionnalité de la loi 101. Cette dernière les oblige à inscrire leurs enfants dans des écoles de langue française. L'administration québécoise avait refusé de leur délivrer un certificat d'admissibilité à l'école de langue anglaise au motif que leurs enfants n'avaient pas reçu la « majeure partie » de leur éducation en anglais, considérant que l'enseignement reçu dans une école privée non subventionnée n'était plus pris en compte³³⁹. La contestation est fondée sur le droit à l'instruction dans la langue de la minorité trouvé dans la *Charte canadienne*, qui protège généralement la continuité d'emploi de la langue d'instruction sans qu'une limite soit prévue relativement à la nature de l'instruction préalablement reçue. Donc, les parents en cause plaident que la *Charte canadienne* ne dit pas que la continuité d'emploi de la langue d'instruction est conditionnelle à la fréquentation d'écoles publiques, ou que le fait d'avoir séjourné dans une école privée non subventionnée puisse être un frein à cette continuité³⁴⁰.

Conscient que l'interprétation des droits linguistiques dans cette affaire québécoise aura des répercussions partout au Canada, deux associations représentants des minorités francophones interviennent devant la Cour suprême. La francophonie se divise une septième fois devant le plus haut tribunal.

Dans son mémoire, la première intervenante, la Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest, indique qu'elle « appuie la position de l'intimé », c'est-à-dire le groupe de parents qui contestent la constitutionnalité de la loi 101 avec la famille d'Hong Ha Nguyen (qui donnera son nom au jugement que rendra la Cour suprême dans cette affaire)³⁴¹. Cette première intervenante indique également qu'elle « ne prend aucune position quant à la deuxième question », à savoir qu'elle n'entend pas voler au secours de la loi 101 lorsqu'il faudra déterminer si celle-ci, considérée être en violation de la *Charte canadienne*, peut

³³⁹ L'affaire *Nguyen* comprend aussi des parents dont les enfants avaient pu jouir d'exemptions exceptionnelles à l'obligation de fréquenter l'école française et qui, face à un refus de la part de l'administration québécoise de valider leur désir de voir leurs enfants poursuivre leur éducation en anglais dans le réseau public à la fin des exemptions, se retournent pour attaquer la constitutionnalité de la loi 101 afin d'éviter l'école française.

³⁴⁰ Ou le fait d'avoir préalablement reçu une instruction sur le fondement d'une exemption exceptionnelle à l'école française.

³⁴¹ COMMISSION SCOLAIRE FRANCOPHONE DES TERRITOIRES DU NORD-OUEST, *Mémoire*, déposé dans l'affaire *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2009 CSC 47, 13 novembre 2008, p. 10.

néanmoins se justifier et éviter une déclaration d'inconstitutionnalité³⁴². Ce n'est que « subsidiairement » et dans une affirmation aucunement motivée qu'elle affirme que, advenant que la Cour suprême valide la loi 101, « la portée de cette décision [celle à rendre dans l'affaire *Nguyen*] devrait être limitée au contexte spécifique du Québec »³⁴³.

L'Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques, la deuxième intervenante issue de la francophonie hors Québec, embrasse cette même stratégie. Elle intervient contre Québec. Selon elle, le droit constitutionnel à la gestion et au contrôle des écoles reconnu dans l'arrêt *Mahé* au bénéfice des minorités officielles « comprend nécessairement le pouvoir de décider de l'admissibilité des enfants »³⁴⁴. Autrement dit, le droit de gestion et de contrôle retire des mains des provinces le pouvoir de décider des critères linguistiques d'admissibilité dans les écoles, et le donne aux institutions scolaires des minorités de langue officielle. Ce pouvoir, selon l'intervenante, ce sont donc ces institutions qui le détiennent, « et non le législateur ou le gouvernement »³⁴⁵. La *Charte de la langue française*, la loi par laquelle Québec exerce la compétence de déterminer qui est admissible à l'école de langue anglaise sur son territoire, est alors, selon cette intervenante, contraire au droit à l'instruction dans la langue de la minorité protégé par la *Charte canadienne*.

En dernière analyse, l'Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques se prononce, elle, contrairement à l'intervenante précédente, sur la fameuse « deuxième question ». Donc, la loi 101 est contraire au droit à l'instruction dans la langue de la minorité, mais « l'incompatibilité serait sauvegardée en raison des objectifs importants qui sous-tendent [...] la *Charte de la langue française*, soit la protection de la langue française »³⁴⁶.

Cette intervenante vole-t-elle ainsi, toujours en dernière analyse, au secours de la loi 101 ? Oui et non, car en conclusion elle « demande que cette honorable Cour [suprême] rejette l'appel », et ce, sans ménagement aucun³⁴⁷. Par conséquent, après avoir indiqué qu'elle souhaite sauver la loi 101, l'Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques

³⁴² *Id.*

³⁴³ *Id.*, p. 1.

³⁴⁴ ASSOCIATION FRANCO-ONTARIENNE DES CONSEILS SCOLAIRES CATHOLIQUES, *Mémoire*, déposé dans l'affaire *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2009 CSC 47, 13 novembre 2008, p. 7.

³⁴⁵ *Id.*, p. 2.

³⁴⁶ *Id.*, p. 8.

³⁴⁷ *Id.*, p. 10.

se range derrière la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée précédemment dans le jugement auquel le procureur général du Québec fait appel devant la Cour suprême.

Dans le jugement qu'elle rend le 22 octobre 2009, la Cour suprême reprend la formule qui est la sienne. On commence à la connaître. La Cour souligne dans un premier temps la spécificité du contexte québécois et reconnaît que la loi 101 « constitue une loi d'une importance majeure au Québec »³⁴⁸. C'est alors qu'elle rappelle que « [1] » analyse et l'interprétation des droits linguistiques cherchent aussi à prendre en compte la dynamique propre à la situation des langues officielles dans chaque province »³⁴⁹. C'est ainsi qu'elle dit ne pas vouloir protéger les « écoles passerelles » :

un court passage dans une école de la minorité ne témoigne pas d'un engagement réel et ne peut suffire, à lui seul, à obtenir le statut d'ayant droit visé à la *Charte canadienne* [...].

[...] [I]l ne suffit pas qu'un enfant soit inscrit depuis quelques semaines ou quelques mois à un programme donné pour qu'il soit possible de conclure que cet enfant ainsi que ses frères et sœurs sont admissibles aux programmes d'enseignement dans la langue de la minorité au Québec.³⁵⁰

La Cour suprême confirme aussi plus loin « la règle fondamentale » voulant que la langue de l'enseignement au Québec soit le français. Un « choix politique valide », qui représente « un objectif important et légitime », ajoute-t-elle³⁵¹. Elle rapproche même la démarche québécoise et le projet défendu par les francophones hors Québec. Citant deux arrêts relatifs à des affaires portées par la francophonie hors Québec et un autre prononcé en contexte québécois (en l'occurrence l'arrêt *Gosselin*, où elle valide la loi 101), la Cour suprême met alors pour un instant le Québec et les minorités françaises dans la même équipe : « Notre Cour s'est d'ailleurs prononcée à plusieurs reprises sur l'importance de l'éducation et de l'organisation des écoles pour la préservation et l'épanouissement d'une langue et de sa culture »³⁵².

³⁴⁸ *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2009 CSC 47, par. 3.

³⁴⁹ *Id.*, par. 26.

³⁵⁰ *Id.*, par. 29.

³⁵¹ *Id.*, par. 38.

³⁵² *Id.*, par. 40. Mais elle n'en dirait évidemment pas moins, avec raison, des écoles de la communauté anglo-québécoise.

La spécificité du contexte québécois prise en compte, le plus haut tribunal canadien applique dans un deuxième temps, partout après la reconnaissance de ce contexte, les principes symétriques qu'elle élabore depuis le rapatriement au sujet du droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Là aussi, on connaît la formule.

Québec veut réserver l'école de langue anglaise aux membres de la communauté anglo-québécoise et diriger les autres enfants vers les écoles de langue française ? Il ne peut en être clairement ainsi, de répondre la Cour suprême. Car la *Charte canadienne* ouvre l'école de langue anglaise à ceux qui veulent honnêtement intégrer les institutions de la minorité officielle. Et le projet canadien sur les langues officielles s'applique aussi au Québec, comme partout ailleurs au Canada. Dans l'arrêt *Nguyen*, la Cour suprême répète de cette façon ce qu'elle a déjà dit :

les droits accordés par le par. 23(2) [le deuxième paragraphe de l'article 23 de la *Charte canadienne*] s'appliquent indépendamment du fait que les parents ou les enfants admissibles fassent partie de l'une de ces communautés minoritaires, ou parlent l'une de ces langues à la maison, ou même aient une connaissance pratique de la langue de la minorité protégée. [...] [L]es conditions qui doivent être remplies en vertu de l'art. 23 [de la *Charte canadienne*] reflètent le fait que les néocanadiens décident notamment d'adopter l'une ou l'autre langue officielle, ou les deux à la fois, en tant que participants au régime linguistique canadien.³⁵³

Ensuite, la Cour suprême fait le constat suivant : « le texte même du par. 23(2) [le deuxième paragraphe de l'article 23 de la *Charte canadienne*] ne distingue pas entre l'enseignement public ou privé, subventionné ou non »³⁵⁴. L'article 23 protège plutôt un « réalité factuelle ». C'est « le fait pour l'enfant d'avoir reçu de l'instruction dans une langue qui permet l'exercice du droit constitutionnel », et qui lui permet en conséquence de poursuivre son éducation primaire et secondaire dans la même langue³⁵⁵.

Or, note la Cour, la loi 101 ne permet pas « d'évaluer complètement le cheminement scolaire » et supprime « un pan entier du parcours scolaire », c'est-à-dire l'instruction reçue

³⁵³ *Id.*, par. 27.

³⁵⁴ *Id.* Elle le dit ainsi au paragraphe 32 de sa décision : « La protection accordée par la *Charte canadienne* n'établit 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 [le fait que l'enseignement anglais ait été reçu sur la base d'une exemption exceptionnelle à l'obligation de fréquenter l'école française] en vertu de laquelle l'enseignement dans une langue est dispensé. »

³⁵⁵ *Id.*, par. 32.

dans une école de langue anglaise privée non subventionnée du Québec³⁵⁶. Par conséquent, selon elle, la règle voulant que l'analyse de la « majeure partie » se fasse sans la prise en compte de cette instruction viole le droit à l'instruction dans la langue de la minorité. C'est que la *Charte canadienne* « commande une analyse complète du parcours »³⁵⁷.

Enfin, même si le procureur général du Québec soumet une preuve visant à maintenir la constitutionnalité de la loi 101 comme se justifiant « dans le cadre d'une société libre et démocratique », la Cour suprême juge cette loi « excessive ». Le problème que Québec veut régler eu égard aux « écoles passerelles » n'est pas, selon elle, suffisamment grave pour qu'une solution « draconienne » de cette sorte soit adoptée³⁵⁸.

La Cour renvoie le législateur québécois aux motifs qu'elle a rendus dans l'arrêt *Solski* ; elle y indiquait l'existence d'une marge à l'intérieur de principes symétriques, une marge permettant à Québec d'évaluer les dossiers pour s'assurer que seuls les parcours démontrant une « authentique » volonté d'intégrer les institutions de la communauté anglo-québécoise soient avalisés. La Cour veut ainsi voir Québec « adopter des solutions différentes, qui soient moins attentatoires » à la *Charte canadienne*³⁵⁹. Elle donne même des indices de ce qu'elle considère comme raisonnable :

on peut penser qu'un passage de six mois ou d'un an au début du cours primaire dans des institutions créées pour jouer le rôle de passerelles vers l'enseignement public ne représente pas un parcours scolaire respectant les objectifs du par. 23(2) de la *Charte canadienne* et l'interprétation donnée à cette disposition dans l'arrêt *Solski*.³⁶⁰

Ce jugement est frappant. Commentant notamment l'arrêt *Nguyen*, le professeur de droit André Braën écrit que « l'approche de la Cour suprême du Canada semble ne faire preuve d'aucune retenue et encadre étroitement la compétence de l'Assemblée nationale »³⁶¹. Ce faisant, le plus haut tribunal confirme en 2009 que l'approche contextuelle exposée dans

³⁵⁶ *Id.*, par. 33.

³⁵⁷ *Id.*, par. 34. Au sujet des exemptions exceptionnelles à l'obligation de fréquenter l'école française, la Cour dit ceci : « il ne faut pas oublier que le mécanisme des autorisations spéciales continue de relever entièrement du gouvernement du Québec. Celui-ci peut donc accorder des autorisations qui excèdent le cadre de ses obligations constitutionnelles, mais il ne peut, ce faisant, nier les droits qui découlent de ces autorisations et qui sont garantis par la *Charte canadienne* » (*id.*, par. 45).

³⁵⁸ *Id.*, par. 42.

³⁵⁹ *Id.*

³⁶⁰ *Id.*, par. 44.

³⁶¹ André BRAËN, « L'affaire *Caron* : La Cour suprême à la recherche du compromis perdu ! », (2016) 3 *R.D.L.* 94, 95 et 96.

L'arrêt *Solski* en 2005 n'était pas une ouverture à l'égard de l'interprétation asymétrique, du moins pas une asymétrie susceptible de réconcilier la francophonie canadienne. Comment expliquer autrement le manque total de déférence dont il fait preuve à l'égard du choix législatif du Québec dans l'affaire *Nguyen* ? L'arrêt *Gosselin*, publié avec l'arrêt *Solski*, n'illustre en conséquence pas plus une ouverture à l'égard de l'asymétrie. Le plus haut tribunal prend en considération les contextes provinciaux dans une approche symétrique, et élabore les mêmes principes applicables partout au Canada.

L'arrêt *Nguyen* a aussi pour effet de conforter les associations représentant les intérêts des francophones hors Québec dans leur intervention contre le procureur général du Québec. Ces associations ne jouent pas le jeu de l'asymétrie. Elles ne tentent pas de trouver dans l'arrêt *Solski* ce qui pourrait faire converger la francophonie canadienne. Car tout le monde sait maintenant que la Cour suprême tranche en contexte québécois avec pour ambition de parler symétriquement aux minorités officielles. Pour cette raison, la politologue Emmanuelle Richez n'hésite pas : « Si la Cour s'était prononcée en faveur du Québec, elle aurait mis en danger la vitalité future des minorités francophones hors Québec. » (traduction libre)³⁶² C'est comme si le plus haut tribunal savait qu'il ne pouvait être déférent à l'endroit du Québec sans devoir afficher la même déférence à l'endroit d'une autre province sur une question semblable. Et ça, ça s'appelle la symétrie.

Braën indique que « le message qui est transmis par cette décision en est un d'insensibilité au contexte québécois »³⁶³. On pourrait aussi dire que prendre en compte tous les contextes peut s'apparenter à n'en considérer aucun. Car regarder dans tous les sens avec une approche symétrique c'est comme regarder dans une seule direction en édictant une règle uniforme. Dans les deux cas, le résultat est le même pour la francophonie canadienne : le Québec et les minorités françaises sont poussés à voir à leurs intérêts propres lorsque l'interprétation des principes applicables partout est en jeu, quitte à se diviser.

³⁶² Emmanuelle RICHEZ, « Losing Relevance : Quebec and the Constitutional Politics of Language » (2014-2015) 52 *Osgoode Hall L.J.* 191, 218.

³⁶³ André BRAËN, « La Cour suprême du Canada et les droits linguistiques : une certaine fatigue ! », dans Patrick TAILLON, Eugénie BROUILLET et Amélie BINETTE (dir.), *Un regard québécois sur le droit constitutionnel : mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 453, à la page 491.

Un an avant l'arrêt *Nguyen*, Benoît Pelletier, professeur de droit à l'Université d'Ottawa, doutait que la Cour suprême sache tracer la voie de la réconciliation pour la francophonie canadienne. En 2008, il s'exprime dans une publication reprenant l'un des discours qu'il prononçait alors qu'il occupait le poste de ministre responsable des Affaires intergouvernementales et de la Francophonie canadienne dans le gouvernement de Jean Charest.

En 2008, Pelletier rappelle que la *Charte canadienne* « reflète une vision plutôt symétrique et égalitaire des rapports linguistiques entre francophones et anglophones » et instaure « une égalité formelle entre le français et l'anglais »³⁶⁴. Il soutient aussi qu'elle « a représenté un prodigieux bond en avant » pour les francophones minoritaires, « conduit à certains reculs » pour le Québec et « hypothéqué la solidarité » dans la francophonie « en plaçant les francophones du Québec et ceux du reste du Canada dans deux catégories opposées, l'une majoritaire et l'autre minoritaire »³⁶⁵. Il pose la question : comment dénouer l'impasse ?

Il y a la possibilité, pour Québec, de se ranger derrière une interprétation large des droits linguistiques de la *Charte canadienne* – une interprétation qui ampute la compétence exclusive des provinces en matière d'éducation – pour ensuite faire la preuve, lorsqu'il est concerné, que sa politique linguistique, bien que considérée comme brimant ces droits, trouve une justification. C'est le mécanisme général prévu dans la *Charte canadienne* (à l'article 1), qui permet à un gouvernement trouvé en violation de droits protégés par ce document constitutionnel d'épargner sa loi d'une déclaration d'inconstitutionnalité en démontrant qu'elle les « restreint », certes, mais dans des limites « raisonnables » qui se justifient « dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

Or, Pelletier ne croit pas à cette possibilité. Ce mécanisme aurait une application « très circonstancielle » et, en matière de droits linguistiques, « condamne[rait] à un éternel débat sur les avantages et les inconvénients de l'asymétrie »³⁶⁶.

³⁶⁴ Benoît PELLETIER, « L'asymétrie pour répondre aux défis de la diversité », dans Linda CARDINAL (dir.), *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de parole, 2008, p. 425, aux pages 434 et 435.

³⁶⁵ *Id.*, aux pages 435 et 436.

³⁶⁶ *Id.*, à la page 437. Le mécanisme peut ne laisser, en matière de droits linguistiques, que peu d'espace pour une preuve justificative : Ingrid ROY, « L'application de l'article premier de la Charte aux droits linguistiques », (2011-2013) 43 *Revue de droit d'Ottawa* 395, 404 et 427. Il peut donc s'avérer peu utile pour

Pelletier mise plutôt sur une interprétation asymétrique des droits linguistiques eux-mêmes, c'est-à-dire une asymétrie qui serait inhérente à ces droits, sans passer par la seconde étape permettant une possible justification (prévue à l'article 1 de la *Charte canadienne*) ; une asymétrie, donc, qui unirait la francophonie directement à la première étape. Mais peut-on vraiment y arriver ?

Certains développements jurisprudentiels permettraient un optimisme prudent à l'égard de l'émergence future de cette option, croit le ministre en 2008. Pelletier cite par exemple l'arrêt *Solski*, dans lequel la Cour suprême y va, selon lui, d'une « reconnaissance expresse [...] de l'asymétrie entre les communautés minoritaires linguistiques, du moins sur le plan théorique »³⁶⁷. Mais tout reste à faire. « Le défi, à l'avenir, poursuit Pelletier, consistera à appliquer concrètement ce principe fondamental énoncé par la Cour suprême et visant la reconnaissance des disparités. »³⁶⁸

Ainsi, l'idéal resterait, « pour rendre opératoire une asymétrie en matière de rapports linguistiques », que la « singularité du Québec » soit reconnue³⁶⁹. Pelletier semble donc lier la réconciliation de la francophonie à la conclusion d'une future entente constitutionnelle, qui s'inspirerait peut-être du défunt accord du lac Meech, mais qui réunirait cette fois d'emblée toutes les composantes de la francophonie canadienne. « Concrètement, il faut que tous les francophones du Canada insistent sur la nécessité de mettre en place un mécanisme favorisant l'application de ce principe [l'asymétrie] et qu'ils adoptent une attitude proactive afin d'en tracer les grandes lignes. »³⁷⁰ Le chemin à emprunter reste donc à définir.

le Québec. Les motifs du juge Wagner dans l'arrêt *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13, par. 151, qui écrit pour la majorité de la Cour suprême, semble le confirmer. Voir *infra*.

³⁶⁷ Benoît PELLETIER, « L'asymétrie pour répondre aux défis de la diversité », dans Linda CARDINAL (dir.), *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de parole, 2008, p. 425, à la page 439.

³⁶⁸ *Id.* Pelletier s'exprime avec la même prudence en juin 2015 dans le quotidien *Le Droit*, en utilisant des formules qui ne laissent présager aucun doute quant à la difficulté toujours réelle de surmonter le défi de l'asymétrie. L'interprétation est-elle asymétrique ou non ? Réponse de Pelletier : « il serait raisonnable d'arguer que » oui ; « la Cour a possiblement voulu ouvrir “la porte à une interprétation éventuellement plus libérale [...]” pour les minorités francophones, et plus stricte en contexte québécois » (Benoît PELLETIER, « L'asymétrie », *Le Droit*, 22 juin 2015, en ligne : <<https://www.ledroit.com/opinions/votre-opinion/lasymetrie-c786ca76ac9b38adafb29a2149574db2>> [consulté le 18 septembre 2018]).

³⁶⁹ Benoît PELLETIER, « L'asymétrie pour répondre aux défis de la diversité », dans Linda CARDINAL (dir.), *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de parole, 2008, p. 425, à la page 439.

³⁷⁰ *Id.*

Bref, un an avant l'arrêt *Nguyen*, Pelletier ne croit pas que la Cour suprême saura ouvrir la voie de la réconciliation à la francophonie canadienne. Pour qu'advienne cette convergence, indique Pelletier en 2008, le Québec et les minorités françaises doivent, travailler ensemble. L'affaire *Nguyen* (2009) est dans cette optique une autre belle occasion ratée³⁷¹.

Quelques mois avant que ne soit publié l'arrêt *Nguyen* le 22 octobre 2009, l'ancien juge Michel Bastarache, nouvellement retraité de la Cour suprême, prononce un discours dans lequel il aborde la question de l'asymétrie. Il exprime un peu les mêmes doutes que Pelletier, en faisant peut-être preuve d'un peu plus d'optimisme. Pour Bastarache, l'interprétation asymétrique existe, « mais son effet est souvent tempéré par d'autres considérations »³⁷². On comprend, comme Pelletier le soulignait, que la Cour suprême ne sait d'elle-même trouver la voie de la réconciliation pour la francophonie canadienne. Conséquemment, le Québec et les minorités françaises doivent chercher à travailler ensemble. Mais le peuvent-ils, dans les circonstances ? L'arrêt *Nguyen* ne leur offre rien en ce sens. Les années passent et tout indique que les associations représentant les francophones minoritaires auraient, si elles avaient à nouveau à parier, juridiquement tout à gagner à intervenir contre le procureur général du Québec.

En 2011, la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada demande un avis juridique à Mark Power, un avocat bien en vue dans les affaires de droits linguistiques, au sujet du projet de loi déposé à la Chambre des communes à Ottawa par le député Thomas Mulcair du Nouveau Parti démocratique. Ce projet de loi propose de modifier le *Code canadien du travail* pour soumettre les entreprises fédérales qui exercent leurs activités au Québec à certaines obligations semblables à celles prévues dans la loi 101. Conséquence : s'il était adopté, il existerait, grâce à une loi fédérale applicable partout au Canada, des droits renforçant la place du français au Québec, mais qui seraient inexistantes dans les autres provinces canadiennes. Autrement dit, on créerait un droit de travailler en français dans des entreprises fédérales qui ne pourrait être revendiqué ailleurs qu'au Québec. L'organisme pose

³⁷¹ Pelletier réitère ses propos dans une autre publication parue après l'arrêt *Nguyen* : Benoît PELLETIER, *Une certaine idée du Québec : Parcours d'un fédéraliste. De la réflexion à l'action*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2010, p. 107 à 116.

³⁷² Michel BASTARACHE, « Fédéralisme asymétrique et langues officielles », dans *The McLachlin Court's First Decade : Reflections on the Past and Projections for the Future*, conférence prononcée dans le cadre de l'événement organisé à Ottawa le 19 juin 2009 par l'Association du Barreau canadien.

donc la question à Power : « Est-ce que le projet de loi C-455 soulève le danger d'une asymétrie fédérale ? »³⁷³

Power répond par l'affirmative. Le « danger », il l'est, selon lui, notamment parce que des droits asymétriques dans le *Code canadien du travail* pourraient motiver une interprétation asymétrique, mais régressive, de la *Charte canadienne* et de la L.C. 1867. Power écrit :

Une telle reconnaissance fédérale au Québec – là où bien sûr le français est parlé par la majorité – pourrait certainement encourager le développement d'une jurisprudence asymétrique dans le domaine des droits linguistiques, au détriment des communautés d'expression française en situation minoritaire.³⁷⁴

Pourquoi ? Parce que « les tribunaux pourraient conclure que la communauté d'expression française du Québec bénéficie d'un plus grand ensemble de droits linguistiques dans le domaine des “entreprises fédérales” uniquement en raison de leur force culturelle, économique et linguistique comme communauté »³⁷⁵.

En d'autres mots, avec cette initiative fédérale, si elle était adoptée, les tribunaux pourraient se mettre à interpréter largement les droits du français, prévus même dans des textes constitutionnels, mais uniquement dans le contexte québécois. Ailleurs au Canada, ces mêmes droits constitutionnels pourraient recevoir une interprétation plus timide, parce que, justement, ce serait la ligne directrice dorénavant préconisée par le législateur fédéral, qui renforce les droits du français uniquement au Québec. Bref, selon Power, « une reconnaissance particulière du français au Québec sur le plan fédéral ne devrait [lire : ne ferait] que nourrir la perception voulant que le Québec soit “français” et le reste du pays, “anglais” »³⁷⁶. L'asymétrie régressive, c'est donc une asymétrie se pointant pour justifier un traitement différent, et probablement moins généreux, à l'égard des minorités linguistiques les plus faibles³⁷⁷.

³⁷³ Mark C. POWER, *Étude d'impact juridique. Projet de loi C-455 – Loi modifiant le Code canadien du travail (langue française)*, réalisée pour la FCFA du Canada, 30 août 2011, p. 3.

³⁷⁴ *Id.*, p. 18 et 19.

³⁷⁵ *Id.*, p. 19.

³⁷⁶ *Id.*

³⁷⁷ Au sujet de l'asymétrie régressive : Linda CARDINAL, « Symétrie/asymétrie : la difficile relation entre le Québec et les minorités francophones du reste du Canada », dans Alain-G. GAGNON et Pierre NOREAU (dir.), *Constitutionnalisme, droits et diversité : Mélanges en l'honneur de José Woehrling*, Montréal, Thémis, 2017, p. 295, à la page 300 ; Pierre FOUCHER, « Droits et lois linguistiques : le droit au service du Canada français », dans Joseph Yvon THÉRIAULT, Anne GILGERT et Linda CARDINAL (dir.), *L'espace francophone en milieu minoritaire au Canada : nouveaux enjeux, nouvelles mobilisations*, Montréal, Fides,

Power croit donc que l'asymétrie est un « problème », et non une solution. On comprend qu'il suggère à la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada de s'opposer au projet de loi Mulcair. Mais Power utilise aussi le prétexte de la réforme proposée du *Code canadien du travail* pour aller beaucoup plus loin.

Dans son avis juridique, il fait dévier le débat vers le droit à l'instruction dans la langue de la minorité prévu dans la *Charte canadienne*. Selon Power, ce droit « ne varie pas selon la juridiction du pays », donc d'une province à l'autre, en principe, « mais bien uniquement en fonction du nombre d'enfants qui se prévaudront de l'éducation »³⁷⁸. Les tribunaux ne sont donc pas particulièrement intéressés par la situation du Québec ou celle des francophones minoritaires, plaide-t-il, mais uniquement par le critère du nombre.

Puis Power revient sur le passage souvent cité du *Renvoi manitobain sur les droits scolaires* de 1993. Pour mémoire, la Cour suprême y indique qu'« il peut bien être nécessaire d'adopter des méthodes d'interprétation différentes dans divers ressorts qui tiennent compte de la dynamique linguistique particulière à chaque province ». Dans son avis de 2011, Power le commente en ces termes : « Presque vingt ans plus tard, ces arguments n'ont pas été retenus dans la jurisprudence. »³⁷⁹.

Ce passage du *Renvoi manitobain* est donc, selon Power, resté lettre morte, et ce, malgré « plusieurs tentatives *corsées* par le gouvernement du Québec » (italiques ajoutés)³⁸⁰ de voir confirmer en sa faveur une interprétation asymétrique du droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Et le juriste ajoute immédiatement, comme pour compléter l'histoire, que « [c] » est justement la *peur* du développement asymétrique du contenu des droits linguistiques en matière d'éducation [...] qui a motivé plusieurs intervenants représentant les

2008, p. 463, à la page 471 ; Pierre FOUCHER, « L'impact du fédéralisme sur les droits scolaires des minorités ou vice-versa », (2003-2004) 5 *Rev. C.L. Français* 421, 444.

³⁷⁸ Mark C. POWER, *Étude d'impact juridique. Projet de loi C-455 – Loi modifiant le Code canadien du travail (langue française)*, réalisée pour la FCFA du Canada, 30 août 2011, p. 18.

³⁷⁹ *Id.*

³⁸⁰ *Id.*

communautés d'expression française en situation minoritaire d'intervenir *agressivement* » (italiques ajoutés)³⁸¹ contre le Québec. Et là il cite les arrêts *Solski* et *Nguyen*³⁸².

En définitive, selon Power, l'asymétrie doit apparaître, le cas échéant, seulement en toute dernière analyse, donc jamais dans le contenu des droits constitutionnels. Et uniquement – donc une fois la loi 101 déclarée être en violation de la *Charte canadienne* (ce qui exclut l'asymétrie du champ de la L.C. 1867) – si le procureur général du Québec vient à bout de justifier cette violation, ce que Québec n'est jamais parvenu à faire devant la Cour suprême en matière linguistique, rappelons-le.

Le projet de loi Mulcair n'est finalement jamais adopté, ni aucun autre du genre d'ailleurs. Le débat révèle une nouvelle fois ce que pense la francophonie hors Québec de l'interprétation asymétrique. Power n'est pas isolé à ce sujet. L'opinion qu'il exprime dans cet avis de 2011 est partagée par ses collègues.

Ronald Caza, avocat, représente un organisme qui plaide contre le procureur général du Québec devant la Cour suprême dans l'affaire *Nguyen*, l'intervenante Quebec Association of Independent Schools. Quelques années après la fin des hostilités, Caza est invité à l'émission *Carte de visite*, diffusée à TFO, afin de parler de son engagement pour la défense des minorités françaises³⁸³. Rappelons que l'avocat jouit d'une notoriété certaine dans la francophonie hors Québec depuis qu'il a plaidé la cause victorieuse de l'hôpital Montfort devant la Cour d'appel de l'Ontario. À l'émission *Carte de visite*, diffusée en 2013, il explique comment son rôle dans l'affaire *Lalonde* (portant sur l'hôpital Montfort) lui a donné la chance de piloter par la suite d'autres dossiers relatifs aux droits linguistiques au Canada.

Faisant un pas de plus dans le récit de son engagement pour les minorités françaises, Caza indique qu'« un tournant intéressant a été de représenter les anglophones au Québec ». Parlant de différents dossiers, dont l'affaire *Nguyen*, il raconte, non sans fierté, le moment où il a rencontré les avocats du procureur général du Québec. Selon Caza, ceux-ci lui partagent

³⁸¹ *Id.*

³⁸² Power en sait quelque chose : il intervient contre le Québec dans ces affaires à titre d'avocat représentant l'Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques et l'Association des conseillers(ères) des écoles publiques de l'Ontario.

³⁸³ CARTE DE VISITE, une émission de Gisèle Quenneville, Linda Godin et Daniel Lessard, *Ronald Caza, avocat*, TFO, 2013, en ligne : <<https://www.tfo.org/fr/univers/carte-de-visite/100351878/ronald-caza-avocat>> (consulté le 2 avril 2019).

leur surprise de le voir surgir, lui, le défenseur de Montfort, avec cette fois le rôle de défenseur de l'accès à l'école de langue anglaise au Québec. Les avocats du procureur général du Québec l'interpellent ainsi : « Écoute, nous autres on trouve ça extraordinaire ce que tu as fait pour les francophones en Ontario, mais, qu'est-ce que tu fais ici... ? » Caza raconte, devant le regard amusé de l'animatrice de l'émission, qu'il leur répond alors ceci :

Écoutez, vous comprenez pas. Ce que vous faites aux anglophones, et puis quand vous leur enlevez des droits, si vous avez gain de cause, les mêmes arguments sont utilisés par le gouvernement de l'Ontario contre nous. Nous sommes des minorités linguistiques ! Puis les précédents qui sont développés, bien sont des précédents qui affectent toutes les minorités linguistiques.

Caza explique que lui et d'autres ont « fait déclarer une partie finalement de la Charte de la langue française inconstitutionnelle ». Ce sont ces gains en faveur de l'anglais au Québec qui doivent permettre aux minorités françaises de faire avancer les droits du français ailleurs au Canada. Et l'affaire *Rose-des-vents* se présente.

Le 24 avril 2015, la Cour suprême du Canada rend une nouvelle décision relative au droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Un groupe de parents de Vancouver, en Colombie-Britannique, souhaitent un jugement déclarant que l'école primaire française Rose-des-vents, l'école de leurs enfants, n'est pas équivalente aux autres écoles, anglaises, du même secteur. Ils veulent voir un jugement déclarant en toutes lettres que l'article 23 de la *Charte canadienne* se trouve ainsi violé.

L'école Rose-des-vents est surpeuplée ; sa capacité opérationnelle est de quelque 200 élèves alors que l'année scolaire 2011 affiche 344 inscriptions. Ses couloirs sont étroits. Elle n'est dotée ni de crochets à manteaux ni de casiers. L'espace de rangement est insuffisant, ce qui aurait, dit-on, contribué à la propagation de poux chez les élèves. Les toilettes sont inadéquates. La bibliothèque est très petite et les salles de classe sont beaucoup plus petites que celles des autres écoles du secteur. Seulement trois salles de classe ont la superficie recommandée. Deux salles de classe sont dépourvues de fenêtres. Le terrain de jeux est divisé en petites sections. La majorité des élèves inscrits à l'école Rose-des-vents habitent à plus de 30 minutes d'autobus.

À l’opposé, les écoles de langue anglaise du secteur sont plus grandes. Elles disposent de salles de classe plus grandes et de terrains de jeux plus vastes et en meilleur état ainsi que de bibliothèques plus spacieuses, et ainsi de suite.

Dans l’arrêt *Rose-des-vents*, la Cour suprême reconnaît que l’article 23 de la *Charte canadienne* garantit, lorsque le nombre le justifie, que l’expérience éducative de la minorité officielle soit de qualité réellement semblable à l’expérience éducative vécue dans les écoles de la majorité linguistique de la province. Le test : « Des parents raisonnables qui détiennent ces droits seraient-ils dissuadés d’envoyer leurs enfants dans une école de la minorité linguistique parce que l’école est véritablement inférieure à une école de la majorité linguistique où ils peuvent les inscrire ? »³⁸⁴ Entre l’école de la minorité officielle et les écoles de la majorité, la Cour comparera globalement : les installations matérielles, la qualité de l’instruction, les résultats scolaires, les activités parascolaires, le temps de déplacement, la compétence des enseignants, le programme et les occasions culturelles, etc.

Au terme de son analyse, la Cour suprême conclut qu’il n’y a pas dans l’ensemble d’équivalence réelle entre *Rose-des-vents* et les autres écoles du secteur. Selon elle, les conditions dans lesquelles se trouve *Rose-des-vents* ont limité les inscriptions et contribué à l’assimilation des francophones de Vancouver. L’article 23 de la *Charte canadienne* se trouve en conséquence violé. La Colombie-Britannique et la commission scolaire concernée doivent remédier à la situation.

Cela dit, comme dans l’arrêt *Nguyen* au sujet de l’approche québécoise, la Cour suprême ne fait preuve d’aucune déférence à l’endroit de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *Rose-des-vents*. Évidemment, la situation des écoles de la minorité officielle du Québec n’a rien à voir avec les conditions de l’école *Rose-des-vents*. Mais il est tout aussi évident que la Cour suprême n’aurait aucune déférence à l’endroit du Québec si une école de langue anglaise sur son territoire se retrouvait dans une situation semblable à *Rose-des-vents* en Colombie-Britannique. Ce que les minorités françaises obtiennent avec cette dernière affaire, c’est l’assurance que le pouvoir judiciaire interviendra sans ménagement en matière scolaire afin

³⁸⁴ *Association des parents de l’école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21, par. 35.

de protéger les principes élaborés à partir du droit à l'instruction dans la langue de la minorité, comme dans l'arrêt *Nguyen*.

Mais la symétrie est ce qu'elle est. Ce que les minorités françaises obtiennent dans le prononcé d'une décision tranchant une affaire québécoise (comme dans l'arrêt *Solski*, où elles obtiennent la possibilité d'ouvrir modérément les portes de leurs institutions à des non-francophones), elles peuvent réciproquement le perdre au profit du Québec dans une affaire qu'elles portent elles-mêmes. Dans l'affaire *Commission scolaire francophone du Yukon*, portée par la francophonie minoritaire, le procureur général du Québec intervient pour protéger la souveraineté du Québec. La francophonie canadienne se divise pour une huitième fois devant le plus haut tribunal (après *Blaikie* [1979 et 1981], *MacDonald* [1986], *Mahé* [1990], le *Renvoi manitobain* de 1992, *Solski* [2005] et *Nguyen* [2009]). Les minorités françaises encaissent un revers. C'est la prochaine affaire portant sur le droit à l'instruction dans la langue de la minorité.

Au Yukon, il existe une seule commission scolaire française. Créée en 1996, elle administre une seule école, située à Whitehorse, la capitale du territoire. Un règlement yukonnais encadre l'accès à l'école de langue française en indiquant quelles catégories d'enfants y ont droit ; les autres devant en conséquence fréquenter l'école de langue anglaise. Sauf qu'en pratique, ce règlement n'est pas appliqué par le gouvernement, et ce, jusqu'en 2009. La commission scolaire française reste donc, dans les faits, libre d'admettre dans son école tous les enfants pour qui une demande d'inscription est déposée devant elle, à son choix.

En 2009, toutefois, le Yukon fait volte-face. C'est que la commission scolaire réclame plus de moyens de la part du gouvernement pour voir à l'amélioration de l'enseignement en français dans son école et, pour mettre de la pression, elle intente une action consécutive devant les tribunaux territoriaux. Froissé, le Yukon réplique : dorénavant, le règlement qui encadre l'accès à l'école de langue française trouvera application. La commission scolaire perd donc le pouvoir discrétionnaire qu'elle exerçait dans les faits jusque-là à ce sujet. Puis c'est l'escalade. La commission scolaire saisit les tribunaux d'une nouvelle question : elle veut se voir reconnaître, en vertu de la *Charte canadienne*, le pouvoir de fixer elle-même unilatéralement les critères d'admission à l'école de la minorité officielle.

L'affaire monte jusqu'en Cour suprême, où le procureur général du Québec intervient. Plutôt que de défendre la position de la commission scolaire, Québec plaide, lors de l'audience du 21 janvier 2015, au côté du Yukon : le pouvoir de fixer les critères d'admissibilité aux écoles de la minorité officielle est détenu par les provinces, ici le territoire. Autrement, si les institutions de la minorité détenaient ce pouvoir, c'est, comme l'indique son mémoire déposé devant la Cour, « le fragile équilibre de la dynamique linguistique québécoise » qui serait remis en cause³⁸⁵. Québec défend sa souveraineté. Il sait, étant donné l'attrait qu'exerce toujours l'anglais chez lui, qu'il doit garder la plus grande marge de manœuvre sur la question de l'accès à l'école de langue anglaise.

Dans les heures qui suivent l'audience, la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada fait une sortie médiatique avec d'autres organismes représentant des minorités francophones, tous intervenants devant la Cour suprême au côté de la commission scolaire francophone du Yukon. Le 22 janvier, le quotidien *Le Devoir* les présente comme « stupéfaits » par la position défendue par le procureur général du Québec³⁸⁶.

Selon la présidente de la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada, « [i]l y a des mécanismes qui existent, dans la Charte [canadienne], afin que le Québec préserve sa spécificité sans nuire aux communautés francophones en milieu minoritaire »³⁸⁷. Le directeur général de la Fédération nationale des conseils scolaires francophones renchérit : « On trouve ça désolant de voir cette position du Québec. Qu'aurait-il perdu à nous appuyer en disant haut et fort que le contexte est différent entre le Québec et ailleurs, comme il l'a déjà fait dans d'autres circonstances ? »³⁸⁸

³⁸⁵ PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC, *Mémoire*, déposé dans l'affaire *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureur général)*, 2015 CSC 25, Ottawa, Cour suprême du Canada, 18 décembre 2014, p. 20.

³⁸⁶ Philippe ORFALI, « Québec s'oppose aux minorités francophones », *Le Devoir*, 22 janvier 2015, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/societe/education/429628/education-quebec-s-oppose-aux-minorites-francophones>> (consulté le 7 septembre 2018).

³⁸⁷ *Id.* Notons que cet organisme détient alors un avis juridique de Mark Power (datant du 30 août 2011, précité) qui lui dit trois choses : 1) la jurisprudence ne reconnaît pas d'asymétrie de contenu aux droits linguistiques ; 2) heureusement, parce que l'asymétrie de contenu représente un « danger » pour la francophonie hors Québec ; 3) si asymétrie il doit y avoir, celle-ci ne doit apparaître qu'en dernière analyse, après le test de justification que doit passer le procureur général du Québec, et Québec n'a jamais passé ce test devant la Cour suprême dans les affaires mettant en cause la loi 101.

³⁸⁸ Philippe ORFALI, « Québec s'oppose aux minorités francophones », *Le Devoir*, 22 janvier 2015, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/societe/education/429628/education-quebec-s-oppose-aux-minorites-francophones>> (consulté le 7 septembre 2018). Justement, dans d'autres circonstances, dans les affaires *Solski*

Les jours suivants voient les attaques à l'endroit de la position du Québec se multiplier. Le 30 janvier, Jean Johnson, président de l'Association canadienne-française de l'Alberta, écrit dans les pages du *Devoir*. Il ne met pas de gants blancs : « Je trouve vraiment déplorable que le Québec, qui est notre grand frère, n'ait pas la capacité, ni le courage, de se tenir à nos côtés. »³⁸⁹ Tout en sachant que Québec doit défendre sa politique linguistique, Johnson n'hésite pas à utiliser la rhétorique de l'ouverture et de la fermeture à l'autre pour dénoncer la position du Québec : « je ne crois pas que ce soit en se repliant sur lui-même qu'il y parvienne [défendre son statut de nation francophone]. Le Québec doit s'ouvrir au débat de la francophonie canadienne »³⁹⁰.

Ainsi, le gouvernement québécois « abandonne » les minorités francophones. De plus, la position du Québec a pour effet de les « rabattre ». L'assimilation linguistique pourra alors poursuivre ses ravages. Et, toujours selon Johnson :

lorsque la prochaine génération » de francophones ne parlera plus français au Canada, ce sera la faute du Québec (et non celle des provinces anglophones qui refusent d'accorder plus d'espace aux minorités françaises), « car le Québec a dit non à l'enseignement du français dans l'Ouest canadien.³⁹¹

Jean-Marc Fournier, ministre responsable des Affaires intergouvernementales et de la Francophonie canadienne, offre une justification au nom du gouvernement du Québec quelques jours plus tard, le 5 février 2015. Dans une allocution qu'il prononce devant des partenaires de la francophonie réunis à Ottawa, il affirme ceci :

Lorsque la question soumise est de savoir si une règle de droit doit être émise par un gouvernement ou par un tribunal, il est évident qu'en tant que gouvernement ayant le pouvoir de légiférer sur son territoire, par obligation, celui-ci choisira de défendre sa souveraineté.

(2005) et *Nguyen* (2009), le procureur général du Québec a plaidé en faveur d'une différence québécoise prise en compte dans l'interprétation de l'article 23 de la *Charte canadienne* afin de défendre la compatibilité de la loi 101 avec le droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Pourtant, à chaque occasion, des associations représentant les intérêts des communautés francophones hors Québec sont intervenues pour condamner une telle approche. Elles ont réclamé des droits symétriques, brisant la loi 101, accompagnés de la possibilité pour Québec de démontrer dans un deuxième temps que sa politique trouve néanmoins une justification « dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Une telle possibilité n'a jamais réussi à préserver l'intégrité de la loi 101.

³⁸⁹ Jean JOHNSON, « Le Québec, notre grand frère, nous abandonne », *Le Devoir*, 30 janvier 2015, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/idees/430330/francophones-hors-quebec-le-quebec-notre-grand-frere-nous-abandonne>> (consulté le 25 septembre 2018).

³⁹⁰ *Id.*

³⁹¹ *Id.*

Le Québec se doit de préserver sa capacité d'action ainsi que son autonomie législative. Il se devait donc d'intervenir comme il l'a fait dans l'affaire en cours. *Selon nos juristes, l'asymétrie en matière de souveraineté législative ne constituait pas une avenue utile.* (italiques ajoutés)³⁹²

Le 14 mai 2015, la Cour suprême tranche en faveur du gouvernement du Yukon. « Le fédéralisme demeure une caractéristique notable en matière de droits des minorités linguistiques », observe-t-elle³⁹³. Et comme l'arrêt *Solski* l'a établi, poursuit-elle, « chacune des provinces [et chacun des territoires] a un intérêt légitime » à encadrer la langue de l'enseignement et « doit disposer de la latitude suffisante » pour le faire³⁹⁴. Le pouvoir de fixer les critères d'admission peut donc être délégué à la commission scolaire de la minorité officielle, ou non, au choix de la province (ou du territoire)³⁹⁵.

De ces passages, on comprend que le fédéralisme n'est pas un principe permettant au seul Québec de jouir d'une autonomie lui permettant de protéger sa langue et sa culture. Tous les partenaires de la fédération canadienne en bénéficient de la même manière. Dans l'arrêt *Solski*, on s'en souvient, le fédéralisme était mis de l'avant par la Cour suprême afin de démontrer une ouverture à l'égard du contexte québécois. Maintenant, avec l'arrêt *Commission scolaire du Yukon*, c'est chaque province (et territoire) qui se retrouve symétriquement à récolter les mêmes fruits. On l'a souligné souvent : la Cour suprême prend en considération les contextes provinciaux dans une approche symétrique. L'arrêt *Commission scolaire du Yukon* en est une nouvelle démonstration.

De plus, la Cour suprême avait donné beaucoup d'espoir aux partisans de l'asymétrie en affirmant ceci dans l'arrêt *Solski* : « Le gouvernement provincial appelé à légiférer en matière d'éducation doit disposer de la latitude suffisante pour assurer la protection de la langue française tout en respectant les objectifs de l'art. 23 [de la *Charte canadienne*]. » Dans l'arrêt *Commission scolaire du Yukon*, elle utilise exactement les mêmes mots au bénéfice cette fois du gouvernement yukonnais. En conséquence, cette marge de manœuvre, elle n'est pas

³⁹² Jean-Marc FOURNIER, « Allocution du ministre Jean-Marc Fournier à l'occasion de la rencontre des comités de concertation en matière de francophonie canadienne », présentée à l'hôtel Lord Elgin à Ottawa le 5 février 2015, en ligne : <<https://sqrc.gouv.qc.ca/secretariat/salle-de-nouvelles/discours/details-en.asp?id=94>> (consulté le 14 juin 2019).

³⁹³ *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureur général)*, 2015 CSC 25, par. 68.

³⁹⁴ *Id.*

³⁹⁵ *Id.*, par. 69 et 70.

confiée uniquement au Québec. Elle l'est symétriquement pour chaque province (et territoire).

Au terme de la décision, cet arrêt ouvre une porte : « La Commission [scolaire] n'est pas pour autant empêchée de faire valoir que le Yukon n'a pas assuré suffisamment le respect [du droit à l'instruction dans la langue de la minorité] et rien ne l'empêche de soutenir que l'approche adoptée par le Yukon à l'égard des admissions fait obstacle à la réalisation de l'objet de [ce droit constitutionnel]. » Reste qu'« il s'agit là d'une autre question »³⁹⁶.

Bref, la commission scolaire francophone est déboutée. La Cour suprême ne lui reconnaît pas le pouvoir de déterminer unilatéralement qui est admissible dans son école. Mais le plus haut tribunal ouvre une porte : la commission scolaire peut toujours saisir les tribunaux d'une nouvelle question relativement à la validité de l'approche retenue par le gouvernement du Yukon au sujet de l'accès à l'école de langue française.

En définitive, on retient que c'est l'arrêt *Solski* qui joue contre la francophonie hors Québec ici, malgré qu'il lui ait été favorable en 2005, cet arrêt, au moment du prononcé. Dans l'arrêt *Solski*, la Cour suprême reconnaît le pouvoir du Québec de contrôler l'accès à l'école de langue anglaise (sur fond de reconnaissance de la spécificité québécoise), mais ouvre les portes des institutions de la minorité officielle afin que les francophones minoritaires puissent réciproquement en profiter. Dans l'arrêt *Commission scolaire du Yukon*, la même Cour reconnaît au territoire du Yukon la même marge de manœuvre (en la fondant sur ce qu'elle disait dans l'arrêt *Solski* pour le compte du Québec, et l'applique dès lors symétriquement à tous les partenaires de la fédération canadienne). Et elle s'arrête là. Si la Cour avait reconnu un pouvoir supplémentaire à la commission scolaire francophone du Yukon, celui-ci l'aurait été de la même manière pour les institutions scolaires des minorités officielles de tout le Canada. C'est un pas que la Cour suprême n'a pas osé franchir.

Et le rôle du procureur général du Québec dans tout ça ? Un auteur croit que la Cour suprême s'est sentie obligée de lui répondre. « Dans sa décision, la Cour, possiblement mise mal à l'aise par la position de Québec et nécessairement consciente des répercussions d'une décision négative sur le fait français au Yukon, tend, en quelque sorte, à ménager la chèvre

³⁹⁶ *Id.*, par. 74.

et le chou. »³⁹⁷ Dans les circonstances, il faut conclure que l'arrêt *Commission scolaire du Yukon* exprime une approche symétrique. La Cour suprême prend en compte le contexte québécois, dans une affaire portée par la francophonie hors Québec, en protégeant la souveraineté des provinces en matière scolaire. Et elle parle à la même occasion aux minorités françaises en leur indiquant ce qui, dans une prochaine affaire, pourrait être examiné ; elle ouvre une porte.

Le procureur général du Québec pouvait-il plaider autrement ? S'il avait défendu la création d'un pouvoir (ou d'un droit) pour les institutions des minorités officielles de définir unilatéralement les critères d'accès à l'école de langue française, comment aurait-il pu justifier la non-création d'un pouvoir (ou d'un droit) réciproque de même nature pour les institutions de la communauté anglo-québécoise ? Quelle jurisprudence, quels principes peuvent justifier que la politique linguistique canadienne ne reconnaisse pas exactement les mêmes droits partout au Canada (lorsqu'il s'agit de droits applicables au Québec et ailleurs au Canada) ?

En théorie, la Cour suprême peut décider de traiter le Québec différemment en admettant qu'une mesure jugée d'abord contraire au droit à l'instruction dans la langue de la minorité trouve ensuite une justification « dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Mais elle ne l'a jamais fait. Pour les avocats du procureur général du Québec, avancer que Québec emprunte la voie qui a toujours été bloquée, même récemment dans l'arrêt *Nguyen*, était probablement professionnellement inconcevable.

Surtout, demander la création de droits pour le français hors Québec tout en plaidant qu'il ne doit pas en être ainsi pour l'anglais au Québec, cela revient à demander à la Cour suprême de renoncer à la stratégie voulant que les droits linguistiques soient interprétés conformément aux théories de la conception de la politique linguistique canadienne. Or, elle n'y a jamais dérogé. Le demander milite contre tout ce que la Cour suprême raconte depuis le début de cette histoire en 1867. La plaidoirie du procureur général du Québec dans l'affaire *Commission scolaire du Yukon* était juridiquement bien fondée.

³⁹⁷ Frédéric BÉRARD, *Charte canadienne et droits linguistiques : Pour en finir avec les mythes*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2017, p. 298.

L'analyse que proposait Benoît Pelletier en 1994, s'exprimant cette fois à titre de professeur de droit, semble donc toujours exacte. Dans un article intitulé *Les rapports de force entre les majorités et les minorités de langue officielle au Canada*, paru dans la *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, Pelletier parle de la *Loi constitutionnelle de 1982* comme d'« une loi à tendance centralisatrice et uniformisatrice »³⁹⁸. Il y écrit que la *Charte canadienne* « favorise une interprétation uniforme des droits et libertés qui y sont énoncés » et encourage « l'émergence de valeurs “nationales” (pancanadiennes) et communes à tous les citoyens et citoyennes du Canada, sans exceptions (ou si peu) et sans sensibilité aux particularités québécoises »³⁹⁹. Pelletier dit aussi que la Cour suprême, considérant « la place et le rôle [qu'elle occupe] dans le système judiciaire canadien », est incitée « à favoriser une intégration des différentes normes juridiques dans un corpus univoque, ainsi que le nivellement de celles-ci »⁴⁰⁰.

D'un même souffle, Pelletier reconnaît que la *Charte canadienne* « n'envisage l'égalité des langues officielles au Canada que de façon abstraite, plutôt que de façon sociologique »⁴⁰¹. Celle-ci, poursuit-il, « se trouve à mettre *directement* en rapport des groupes dont les pouvoirs réels, les besoins de langue ou les chances de survie sont très différents, des groupes sociologiquement dissemblables »⁴⁰².

Au sujet de la possibilité de voir la politique linguistique québécoise condamnée au motif qu'elle viole les droits de la *Charte canadienne*, dans un premier temps, mais dans un deuxième temps épargnée d'une déclaration d'inconstitutionnalité grâce à la reconnaissance du fait qu'elle puisse se justifier « dans le cadre d'une société démocratique », Pelletier affiche son scepticisme. Cette possibilité, écrit-il en 1994, « s'est avéré[e] jusqu'à maintenant n'être que d'une utilité douteuse en matière de droits linguistiques » et « n'a que très peu

³⁹⁸ Benoît PELLETIER, « Les rapports de force entre les majorités et les minorités de langue officielle au Canada », (1994) 24 *R.D.U.S.* 255, 275.

³⁹⁹ *Id.*

⁴⁰⁰ *Id.*

⁴⁰¹ *Id.*, 276.

⁴⁰² *Id.*

favorisé, jusqu'à présent, l'asymétrie en matière d'interprétation judiciaire »⁴⁰³. Pelletier réitère ses propos en 2010⁴⁰⁴. Il l'est réitérerait peut-être en 2020.

Le 12 juin 2020, la Cour suprême tranche un litige opposant des acteurs de la communauté franco-colombienne – le Conseil scolaire francophone et la Fédération des parents francophones de la province et trois parents titulaires du droit à l'instruction dans la langue de la minorité pour leurs enfants – au gouvernement de la Colombie-Britannique⁴⁰⁵. Les premiers plaident être structurellement défavorisés par les mesures mises en place pour financer les institutions scolaires de la province. Ils réclament, en se fondant sur l'article 23 de la *Charte canadienne*, la construction de nouvelles écoles, l'amélioration des écoles existantes pour les francophones et des dommages-intérêts.

Dans un jugement précisant la place que doit occuper l'article premier de la *Charte canadienne* (qui permet à un gouvernement de justifier une mesure jugée être en violation des droits et libertés constitutionnalisés) dans un débat portant sur le droit à l'instruction dans la langue de la minorité, la Cour suprême penche en faveur des représentants de la communauté franco-colombienne. On n'y échappe pas : contextualisés, les motifs du juge Wagner, auxquels se rallient six de ses collègues, apportent une explication supplémentaire au sort réservé à la loi 101 dans l'arrêt *Nguyen* rendu onze ans plus tôt.

Pour rendre sa décision, le juge Wagner situe l'article 23 de la *Charte canadienne* dans le contexte plus large des droits linguistiques au Canada. « [L]a question linguistique est indissociable de l'histoire canadienne » ; elle en est « un thème dominant », dit-il d'entrée de jeu⁴⁰⁶. Wagner remonte jusqu'à l'*Acte d'Union* qui, en 1840, impose « l'unilinguisme anglais » dans les institutions politiques du Canada-Uni. Il parle « des discussions préalables

⁴⁰³ *Id.*, 277 et 278. Le professeur José Woehrling apporte l'explication suivante, sachant le caractère unique du Québec et de la loi 101 au Canada : « Lorsque la norme contestée a été adoptée par une entité fédérée, la comparaison s'établira le plus souvent avec le droit des autres entités de la même fédération. Plus grande sera la communauté de vues se dégageant des diverses législations provinciales ou étatiques, plus difficile il sera de justifier la mesure contestée si celle-ci diverge du "consensus" ainsi établi » (José WOEHLING, « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unis et du Canada », [2000] 46 *R.D. McGill* 21, 64 et 65).

⁴⁰⁴ Benoît PELLETIER, *Une certaine idée du Québec : Parcours d'un fédéraliste. De la réflexion à l'action*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2010, p. 114.

⁴⁰⁵ *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13.

⁴⁰⁶ *Id.*, par. 5.

à la création du Canada » en 1867⁴⁰⁷. Il souligne l'adoption de lois rendant impraticable (voire interdisant), au tournant du 20^e siècle et durant ses premières décennies, l'enseignement en français dans toutes les provinces où les minorités francophones prennent racine. « Le contexte historique et social à l'origine de la reconnaissance des droits linguistiques en matière d'éducation, conclut Wagner, permet d'apprécier le rôle unique joué par l'art. 23 [de la *Charte canadienne*] dans le paysage constitutionnel canadien. »⁴⁰⁸

Avant d'aborder les questions précises du litige, le juge Wagner prend soin de dégager l'objet du droit à l'instruction dans la langue de la minorité, qui est triple. Son « caractère à la fois préventif, réparateur et unificateur », le même pour tout le pays, Wagner le justifie en citant trois arrêts de la Cour suprême – dont *Solski*, fondé sur une affaire québécoise rendue en 2005 – et des archives parlementaires de la Chambre des communes à Ottawa – plus précisément les débats du 6 octobre 1980, jour où le gouvernement fédéral officialise son intention de rapatrier unilatéralement la Constitution canadienne en présentant son projet de *Résolution portant sur une adresse commune des deux chambres du Parlement du Canada à Sa Majesté la Reine concernant la constitution du Canada*⁴⁰⁹. Discutant du droit à l'instruction dans la langue de la minorité, applicable au Québec et hors Québec, son objet ne peut qu'être le même pour tout le Canada, on le sait. Wagner ajoute, malgré tout, quelques lignes pour souligner les préoccupations maintenant habituelles à l'égard des différents contextes dans lesquels l'article 23 de la *Charte canadienne* doit trouver application⁴¹⁰.

Pour trancher le litige, Wagner revoit les principes développés autour du critère du nombre suffisant (éparignons-nous des détails, qui ne changent rien à ce qui nous intéresse en l'espèce). Il semble quelque peu ébranlé par la situation dans laquelle se trouve la communauté francophone de Colombie-Britannique. L'affaire qu'il a sous les yeux traîne devant les tribunaux depuis plus de dix ans. En première instance, le procès a duré 238 jours, sur une période de 3 ans. Wagner sait que chaque année qui passe sans institutions adéquates

⁴⁰⁷ *Id.*, par. 6.

⁴⁰⁸ *Id.*, par. 12.

⁴⁰⁹ *Id.*, par. 15.

⁴¹⁰ Il paraphrase un passage de l'arrêt *Solski* : « les tribunaux ont la tâche délicate de concilier les préoccupations parfois divergentes de la minorité francophone hors Québec, pour qui l'exercice des droits linguistiques a été chèrement acquis, avec la réalité particulière de la minorité anglophone du Québec et la perception que les francophones du Québec – majoritaires dans cette province, mais dont leur langue est minoritaire à l'échelle du pays – ont de leur avenir au sein du Canada » (*id.*, par. 17).

en est une de plus qui fragilise la survie de minorité linguistique. Il écrit : « j'estime que le temps est venu d'énoncer une démarche simple et prévisible, qui pourrait même permettre d'éviter, dans la mesure du possible, le recours aux tribunaux »⁴¹¹.

Souvenons-nous : le droit prévu à l'article 23(3) de la *Charte canadienne* « s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants [...] est suffisant » et « comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics ». Ainsi, lorsque les représentants de la communauté franco-colombienne réclament la construction de nouvelles écoles et l'amélioration des écoles existantes pour les francophones, leur droit se trouve dans les principes, les mêmes applicables partout au Canada, qui permettent de déterminer si le nombre d'enfants concernés est suffisant pour le justifier.

Finalement, Wagner estime d'une part que l'article 23 de la *Charte canadienne* donne droit à plusieurs écoles francophones supplémentaires en Colombie-Britannique et juge d'autre part, pour quelques autres écoles, qu'il vaut mieux retourner l'affaire au tribunal de première instance qui devra déterminer si l'expérience éducative y est réellement équivalente à celle constatée dans les écoles de la majorité. Mais avant, reste à savoir si l'inaction de la province est raisonnable et trouve une justification « dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

Le juge Wagner reconnaît « qu'il est possible de justifier une limitation des droits linguistiques garantis par l'art. 23 [de la *Charte canadienne*] en vertu de l'article premier [de la même Charte] »⁴¹². Il cite trois arrêts du plus haut tribunal pour appuyer ses dires, dont deux (*Nguyen* [2009] et *Ford* [1998]) émanant d'affaires québécoises. Le juge constate : « [j]usqu'à maintenant, la Cour [suprême] n'a jamais jugé qu'une violation de l'art. 23 [de la *Charte canadienne*] était justifiée au regard de l'article premier [de la même Charte] »⁴¹³. On se rappelle alors qu'il est assez difficile pour une province, toutes les provinces, y compris le Québec, qui est interpellé par deux des trois exemples cités à cette occasion, de justifier une

⁴¹¹ *Id.*, par. 56.

⁴¹² *Id.*, par. 143.

⁴¹³ *Id.*

mesure venant restreindre l'interprétation que fait la Cour suprême du droit à l'instruction dans la langue de la minorité.

Mais Wagner va plus loin : « [à] mon avis, trois facteurs militent en faveur de l'application d'une norme particulièrement sévère en matière de justification d'une violation [de l'article 23 de la *Charte canadienne*] ».

« Premièrement », croit-il, « les rédacteurs de la Charte [canadienne] ont imposé des obligations positives aux gouvernements provinciaux » et « [l] » adoption d'une approche souple relativement à la justification d'une violation de l'art. 23 [de la *Charte canadienne*] risque de mettre en péril l'objectif réparateur de cet article »⁴¹⁴. « Deuxièmement », le droit à l'instruction dans la langue de la minorité « n'est pas visé par la clause de dérogation » de l'article 33 de la *Charte canadienne*, ce qui, écrit-il, « témoigne de l'importance accordée à ce droit par les rédacteurs de la Charte [canadienne] et de leur intention d'encadrer de façon stricte les dérogations à celui-ci »⁴¹⁵. « Troisièmement », « les constituants ont voulu tenir compte de considérations d'ordre pratique » en inscrivant dans l'article 23 de la *Charte canadienne* « une limite interne » (le critère du nombre suffisant), ce qui fait que « la justification ne doit donc pas s'appuyer sur des considérations qui ont été prises en compte » à la première étape, lorsque le critère du nombre suffisant est analysé⁴¹⁶.

Bref, Wagner est d'avis qu'une restriction au droit à l'instruction dans la langue de la minorité « est particulièrement difficile à justifier » et que toute mesure allant dans ce sens doit « être analysée et justifiée en vertu d'une norme des plus sévère »⁴¹⁷. Qu'il s'agisse d'un manque de volonté politique à assurer le développement des institutions d'une minorité francophone ou, comprend-on maintenant, qu'il s'agisse de l'intention de protéger le français au Québec, la *Charte canadienne* ne fait pas de distinction. La pente à remonter à cette étape pour une province, en matière de droits linguistiques, est abrupte. Très abrupte. Le sort

⁴¹⁴ *Id.*, par. 147.

⁴¹⁵ *Id.*, par. 148.

⁴¹⁶ *Id.*, par. 150.

⁴¹⁷ *Id.*, par. 151.

réservé à la loi 101 dans l'affaire *Nguyen*, rendue en 2009, trouve ici une explication supplémentaire⁴¹⁸.

Cela dit, l'argument du gouvernement de la Colombie-Britannique est rejeté. La province plaide qu'elle doit faire des choix budgétaires. Wagner répond qu'il s'agit là du « travail quotidien d'un gouvernement ». Autrement dit, les fonds publics sont, « [p]ar définition », limités. S'il fallait retenir cet argument, « il serait alors loisible à tout gouvernement de déroger aux droits fondamentaux avec une aisance déconcertante », juge Wagner⁴¹⁹. Il ajoute : « Les économies découlant d'une violation de l'art. 23 [de la *Charte canadienne*] ne sauraient servir à justifier cette violation. »⁴²⁰ La province doit donc construire dix écoles francophones, certaines pour 60, 150 voire 300 élèves, et voir à ce que l'expérience éducative y soit réellement équivalente à celle retrouvée dans les écoles de la majorité anglophone. Le juge Wagner donne aussi droit à des dommages-intérêts et renvoie certaines demandes des représentants de la communauté franco-colombienne au tribunal de première instance.

Les juges minoritaires, Russell Brown et Malcolm Rowe, arrivent à peu près à la même conclusion, sur le fond, mais empruntent un raisonnement différent. Ainsi, alors que Wagner propose de revoir les principes développés autour du critère du nombre suffisant, Brown et Rowe préfèrent ne pas s'y aventurer. Pourquoi ? Comme Wagner, ils constatent que « des mesures réparatrices d'envergure » doivent être adoptées en Colombie-Britannique. Pourtant, ils se retiennent ; pas question de rebrasser des principes dans ce contexte considérant qu'ils concerneront ensuite tout le Canada. Ainsi, la situation britanno-colombienne mérite une intervention d'« envergure », mais « ce n'est pas une raison valable de modifier les règles qui s'appliqueront dorénavant non seulement dans cette province, mais aussi dans les neuf autres provinces [y compris le Québec] et les trois territoires »⁴²¹.

Pour ce qui est de l'interaction entre l'article premier de la *Charte canadienne* et le droit à l'instruction dans la langue de la minorité, Brown et Rowe parcourent le chemin que s'impose

⁴¹⁸ L'affaire soulevait des questions à l'époque : André BRAËN, « Cour suprême et langue d'enseignement – Le retour du libre choix ? », *Le Devoir*, 24 octobre 2009, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/idees/271464/cour-supreme-et-langue-d-enseignement-le-retour-du-libre-choix>> (consulté le 29 juin 2020).

⁴¹⁹ *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13, par. 153.

⁴²⁰ *Id.*, par. 159.

⁴²¹ *Id.*, par. 197.

le pouvoir judiciaire lorsqu'il est question d'interpréter les droits linguistiques canadiens. « [I]l est impossible de dissocier l'histoire du Canada de celle de ses langues officielles », clament-ils⁴²². Leur compréhension de l'article 23 de la *Charte canadienne*, ils la puisent donc dans l'histoire. Ils citent un document signé par Pierre Elliott Trudeau, intitulé *La constitution canadienne et le citoyen*, édité par le Gouvernement du Canada et paru en 1969⁴²³. Ils reviennent aussi sur des étapes de l'histoire constitutionnelle canadienne contemporaine : des intentions de rapatriement, des énoncés de politique annoncés sous les gouvernements de Pierre Elliott Trudeau, des communiqués publiés à la suite de conférences fédérales-provinciales, une « version préliminaire » de l'article 23 de la *Charte canadienne* et des propos du ministre de la Justice et procureur général du Canada Jean Chrétien tenus devant le Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada en 1981⁴²⁴.

Comme Wagner, les juges Brown et Rowe admettent qu'une restriction au droit à l'instruction dans la langue de la minorité peut trouver une justification. « Bien que la Cour [suprême] n'ait pas encore reconnu de cas où l'article premier de la Charte [canadienne] pourrait avoir pour effet de sauvegarder la validité d'une mesure qui contreviendrait par ailleurs à l'art. 23 [de la même Charte], elle a toutefois reconnu que cela était possible »⁴²⁵. Les juges minoritaires citent un seul précédent à cet effet, l'arrêt *Nguyen* (2009), qui concernait une affaire québécoise. Ils s'appuient ensuite à nouveau sur des commentaires émis par le ministre Chrétien devant le Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes en 1981⁴²⁶.

Tout compte fait, Brown et Rowe savent que la pente à remonter pour justifier une restriction au droit à l'instruction dans la langue de la minorité peut être abrupte, car jamais un gouvernement provincial n'y est parvenu, pas même le Québec. Mais les juges minoritaires ne partagent pas l'opinion du juge Wagner selon lequel l'article premier de la *Charte canadienne* contient une norme « particulièrement sévère » en matière de justification lorsque les droits linguistiques sont concernés. « À notre avis », disent-ils, « au lieu d'avoir une

⁴²² *Id.*, par. 189.

⁴²³ *Id.*, par. 202.

⁴²⁴ *Id.*, par. 203 à 206.

⁴²⁵ *Id.*, par. 250.

⁴²⁶ *Id.*, par. 253.

incidence sur la *rigueur* de l'analyse fondée sur l'article premier, la nature de l'art. 23 et l'analyse qu'il commande fait simplement en sorte qu'en pratique, il en restera moins à faire dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier »⁴²⁷.

Pour nos fins, retenons que les principes restent les mêmes partout au Canada, qu'il soit plus difficile ou moins difficile pour un gouvernement de justifier des mesures jugées être des restrictions aux droits linguistiques. Qu'une province tente de justifier son manque de volonté politique par un objectif d'ordre purement budgétaire, comme en l'espèce, ou que le gouvernement québécois tente d'orienter des enfants qui n'ont pour seul lien avec la communauté anglo-québécoise la capacité de leurs parents de payer pour qu'ils fréquentent une école privée non subventionnée au Québec, comme dans l'affaire *Nguyen*, l'article premier de la *Charte canadienne* s'applique de la même manière. Résultat : jamais un gouvernement provincial, qu'il tente de protéger le français au Québec ou qu'il laisse les minorités françaises avec des institutions inadéquates ailleurs au Canada, n'a pu convaincre la Cour suprême que son choix jugé contraire au droit à l'instruction dans la langue de la minorité était raisonnable et se justifiait « dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

Les juges Brown et Rowe, on l'a dit, penchent, sur le fond, à peu près comme le juge Wagner, en faveur des représentants de la communauté franco-colombienne. La province ne parvient pas à justifier ses choix à l'aide d'arguments financiers. Elle doit construire dix nouvelles écoles francophones, voir à ce que l'expérience éducative y soit réellement équivalente à celle retrouvée dans les écoles de la majorité et verser des dommages-intérêts.

On le sait, ce sont les motifs du juge Wagner, appuyés par six de ses collègues, qui s'imposent. Donc, un choix jugé contraire au droit à l'instruction dans la langue de la minorité « est particulièrement difficile à justifier » et doit « être analysé et justifié en vertu d'une norme des plus sévère ». S'il subsistait quelques questionnements quant au sort réservé à la loi 101 dans l'affaire *Nguyen* (2009), l'affaire *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique* de 2020 apporte une explication supplémentaire. Est-ce l'absence de sensibilité de la Cour suprême à l'égard du contexte québécois qui explique son incapacité à valider des dispositions de la loi 101 qui renforçaient le français comme langue de l'enseignement en 2009 ? Non. Car le plus haut tribunal est très sensible au contexte québécois, comme il est

⁴²⁷ *Id.*, par. 255.

sensible à tous les contextes. Et la prise en compte des différentes réalités débouche sur l'énonciation de principes qui trouvent application partout au Canada. Le juge Wagner, comme les juges Brown et Rowe, poursuit la tradition symétrique.

Le jour de la publication de l'arrêt *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique* le 12 juin 2020, l'Association des commissions scolaires anglophones du Québec fait une sortie médiatique pour, aux dires du quotidien montréalais *The Gazette*, « applaudir » (traduction libre). « C'est une excellente nouvelle pour les parents résidant en Colombie-Britannique, mais aussi pour les communautés de langue officielle en situation minoritaire à travers le Canada » (traduction libre), déclare Geoffrey Chambers, président du Quebec Community Groups Network, un groupe de pression anglo-québécois⁴²⁸. Il ne fait aucun doute dans son esprit : une victoire pour la minorité francophone de la Colombie-Britannique est une victoire en puissance pour la communauté anglophone du Québec. Chambers déclare que cet arrêt renforcera les fondements d'un recours intenté par l'Association des commissions scolaires anglophones du Québec le 15 mai 2020 contre la *Loi modifiant principalement la Loi sur l'instruction publique relativement à l'organisation et à la gouvernance scolaires*, la loi sanctionnée le 8 février 2020 qui abolit les commissions scolaires du Québec⁴²⁹. L'Association des commissions scolaires anglophones du Québec reçoit l'appui d'organismes de défense des droits des communautés francophones hors Québec⁴³⁰. La Cour supérieure a récemment suspendu l'entrée en vigueur de la loi en ce qui

⁴²⁸ John MEAGHER, « Quebec anglo groups cheer Supreme Court ruling in B.C. case », *The Gazette*, Montréal, 12 juin 2020, en ligne : <<https://montrealgazette.com/news/local-news/quebec-anglo-groups-cheer-supreme-court-ruling-in-b-c-case>> (consulté le 29 juin 2020).

⁴²⁹ *Loi modifiant principalement la Loi sur l'instruction publique relativement à l'organisation et à la gouvernance scolaires*, L.Q. 2020, c. 1. Les commissions scolaires anglophones estiment que la loi affecte leur latitude dans la gestion des écoles. Voir Kalina LAFRAMBOISE, « Quebec English School Boards Association files legal action against Bill 40, province's education reform », *Global News*, 28 mai 2020, en ligne : <<https://globalnews.ca/news/6997097/qesba-legal-action-school-board-reform-coronavirus/>> (consulté le 29 juin 2020) ; Anne LECLAIR, « English Montreal School Board joins legal challenge against Bill 40 », *Global News*, 2 juin 2020, en ligne : <<https://globalnews.ca/news/7019452/emsb-joins-legal-challenge-bill-40/>> (consulté le 29 juin 2020).

⁴³⁰ L'Assemblée de la francophonie de l'Ontario (AFO) et la Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick (SANB), deux groupes de défense des droits de minorités francophones, ont écrit ceci au début de l'année 2020 au ministre de l'Éducation du Québec, Jean-François Roberge : « Si la communauté anglophone venait à perdre tout ou une partie de ses droits constitutionnels de gérer ses écoles, les communautés franco-canadiennes pourraient en subir les répercussions. [...] L'AFO et la SANB estiment que le projet de loi 40 est inconstitutionnel en ce qui concerne les droits linguistiques. Si un tel projet de loi était présenté dans nos deux provinces, nous le contesterions. » (traduction libre) (Philip Authier, « Francophone minorities outside Quebec fear Bill 40 could hurt them », *The Gazette*, Montréal, 14 janvier 2020, en ligne : <<https://montrealgazette.com/news/quebec/francophone-minorities-outside-quebec-fear-bill-40-could-hurt>>

concerne les commissions scolaires anglophones⁴³¹. La question du sursis a été portée en appel par le gouvernement du Québec⁴³².

Après les arrêts *Nguyen* (2009), *Rose-des-vents* (2015), Commission scolaire du Yukon (2015) et *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique* (2020), les chances de réconciliation de la francophonie canadienne n'ont juridiquement pas évolué. L'ouverture à l'asymétrie exprimée par la Cour suprême est plutôt une ouverture à la prise en compte des contextes provinciaux dans une optique symétrique, donnant au Québec et aux autres provinces une marge de manœuvre devant être exercée dans le respect de droits et de principes applicables uniformément à travers le Canada. Les arrêts *Ford* (1988), *Renvoi manitobain sur les droits scolaires* (1993) et *Solski* n'exprimaient qu'un mirage, loin du réel.

Car la réalité, c'est que la Cour suprême interprète les droits linguistiques en fonction des théories de la conception de la politique linguistique canadienne, qui commandent une interprétation symétrique. La stratégie est maintenant si bien ancrée que le plus haut tribunal ne s'y réfère même pas explicitement dans *Nguyen* (2009), *Rose-des-vents* (2015) et Commission scolaire du Yukon (2015). Il n'a plus qu'à appliquer la jurisprudence antérieure. Elle est acceptée par tous les acteurs. Son pouvoir se voit protégé. Et cette stabilité permet de poser la question qui se pose à la lumière de récents développements relatifs au bilinguisme législatif et judiciaire.

- Quelles conséquences en territoire québécois pour un mouvement défavorable au français hors Québec ?

them> [consulté le 29 juin 2020]). La nouvelle est reprise plus tard dans le quotidien *Le Devoir* : « Dans un communiqué diffusé jeudi [20 février 2020], l'association [des commissions scolaires anglophones du Québec] soutient avoir “tout fait pour s'asseoir et discuter avec le ministre de l'Éducation” [Jean-François Roberge], en vain. “Les communautés minoritaires d'expression française hors Québec se sont jointes à nous pour dénoncer le mépris total des droits de la minorité dans le projet de loi 40. Malheureusement, c'est tombé dans l'oreille d'un sourd”, écrit-elle. » (Lia LÉVESQUE, « Les commissions scolaires anglophones contesteront la réforme devant le tribunal », *Le Devoir*, 21 février 2020, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/societe/education/573379/les-commissions-scolaires-anglophones-contesteront-la-reforme-devant-le-tribunal>> [consulté le 29 juin 2020]).

⁴³¹ Audrey RUEL-MANSEAU, « Réforme scolaire : un sursis pour les commissions scolaires anglophones », *La Presse*, 10 août 2020, en ligne : <<https://www.lapresse.ca/actualites/education/2020-08-10/reforme-scolaire-un-sursis-pour-les-commissions-scolaires-anglophones.php>> (consulté le 30 août 2020).

⁴³² Philip AUTHIER, « Quebec will appeal ruling giving school boards reprieve », *The Gazette*, 14 août 2020, p. A2.

Le 15 décembre 2005, la Cour suprême rend une décision partagée dans une affaire opposant Mario Charlebois et la Ville de Saint-Jean au Nouveau-Brunswick⁴³³. Initialement, Charlebois poursuivait la municipalité au motif qu'elle ne respectait pas, selon lui, l'obligation d'offrir ses services également en français et en anglais. Il contestait du même coup la constitutionnalité de certains articles de la loi linguistique du Nouveau-Brunswick. Mais l'affaire prend un tournant inattendu devant le tribunal inférieur lorsque le procureur de la Ville de Saint-Jean demande la radiation de la requête de Charlebois dans une plaidoirie présentée en anglais. Charlebois réagit alors en s'opposant à la recevabilité de cette demande. Il plaide un article de la loi linguistique du Nouveau-Brunswick qui prévoit ceci :

Dans une affaire civile dont est saisi un tribunal et à laquelle est partie Sa Majesté du chef du Nouveau-Brunswick ou une institution, Sa Majesté ou *l'institution utilise*, pour les plaidoiries orales et écrites et pour les actes de procédure qui en découlent, *la langue officielle choisie par la partie civile.* (italiques ajoutés)⁴³⁴

Devant la Cour suprême du Canada, le litige porte sur la définition du mot « institution ». Utilisé dans ce contexte, vise-t-il les municipalités comme la Ville de Saint-Jean ?

À cette question, 5 juges sur 9 répondent que non. Le procureur de la Ville de Saint-Jean pouvait plaider uniquement en anglais. Selon les 5 juges, considérant l'économie de la loi linguistique du Nouveau-Brunswick (dont les détails n'ont que peu d'importance ici), trancher autrement nuirait à sa « cohérence interne ». Ils se défendent de remettre en cause ce qui a été dit dans l'arrêt *Beaulac* rendu en 1999 dans la cadre de la seconde trilogie (voir la sous-partie II.A]ii]a]). Pour mémoire, la Cour (en fait, le juge Bastarache accompagné d'une majorité de juges) écrivait dans ce dernier arrêt que l'interprétation des droits linguistiques doit, « dans tous les cas », se faire « en fonction de leur objet, de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada ».

Maintenant, dans l'arrêt *Charlebois* (2005), les juges majoritaires assurent qu'ils « ne conteste[nt] pas » l'arrêt *Beaulac*⁴³⁵. Mais selon eux, ce dernier « ne signifie pas que les règles ordinaires d'interprétation législative n'ont pas leur place »⁴³⁶. Ce que les juges

⁴³³ *Charlebois c. Saint John (Ville)*, [2005] 3 R.C.S. 563.

⁴³⁴ *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, c. O-0,5, art. 22.

⁴³⁵ *Charlebois c. Saint John (Ville)*, [2005] 3 R.C.S. 563, par. 23.

⁴³⁶ *Id.*

majoritaires dans l'arrêt *Charlebois* (2005) veulent ramener à l'avant-scène, c'est donc qu'il existe des « limites » à l'utilisation des « valeurs de la Charte [canadienne] comme outil d'interprétation »⁴³⁷. L'outil, ajoutent-ils, « ne s'applique uniquement qu'en cas d'ambiguïté véritable, c'est-à-dire lorsqu'une disposition législative se prête à des interprétations divergentes, mais par ailleurs tout aussi plausibles l'une que l'autre »⁴³⁸.

En vrai, pour les juges majoritaires de l'arrêt *Charlebois* (2005), « dans tous les cas », soit le passage de l'arrêt *Beaulac*, ne veut pas dire exactement « dans tous les cas ». Car une telle « utilisation abusive » de l'arrêt *Beaulac* risquerait parfois « de fausser l'intention du législateur » et parfois de « priver [une province] de la possibilité de justifier une éventuelle atteinte aux droits garantis par la Charte [canadienne] comme étant une limite raisonnable au sens de l'article premier [de cette Charte] »⁴³⁹. Autrement dit, si les règles ordinaires d'interprétation suffisent (lire : interpréter une loi à partir de sa propre logique interne), ils suffisent, et, « [e]n l'absence de toute autre ambiguïté, les valeurs de la Charte [canadienne] n'ont aucun rôle à jouer »⁴⁴⁰.

Les quatre autres juges, minoritaires (c'est le juge Bastarache qui tient la plume en leur nom), ne voient pas l'affaire *Charlebois* (2005) du même œil. Ils veulent rester pleinement fidèles à l'arrêt *Beaulac*. Pour eux, « dans tous les cas » veut dire « dans tous les cas ». Ils reconnaissent donc *a priori* que le mot « institution » pris dans le contexte de la loi linguistique du Nouveau-Brunswick vise les municipalités comme la Ville de Saint-Jean (en l'espèce, son procureur devait plaider en français contre Mario Charlebois, croient les juges minoritaires). Et ce n'est que dans un deuxième temps, si l'interprétation mène à des incohérences dans la loi, qu'il faut se demander, selon eux, si l'incohérence est importante au point qu'il faille adopter une interprétation atténuante. Pour les juges minoritaires, l'interprétation atténuante, ce n'est que si c'est « nécessaire »⁴⁴¹. Donc, « [l]a meilleure interprétation n'est pas celle qui permet d'éliminer le plus grand nombre d'incohérences »⁴⁴².

⁴³⁷ *Id.*

⁴³⁸ *Id.*

⁴³⁹ *Id.*, par. 24.

⁴⁴⁰ *Id.*

⁴⁴¹ *Id.*, par. 36 et 52.

⁴⁴² *Id.*, par. 42.

Bref, dans l'arrêt *Charlebois* (2005), les juges majoritaires semblent vouloir écarter l'arrêt *Beaulac* (même s'ils s'en défendent) et les juges minoritaires veulent y rester pleinement fidèles. Pour le Québec, la question qui se pose est conséquemment la suivante : si la Cour suprême refuse (à la majorité) de prolonger les obligations linguistiques du Nouveau-Brunswick (ici de l'une de ses municipalités), faut-il comprendre qu'elle refuserait également de faire de même si une affaire québécoise se pointait devant elle ?

À la lumière des motifs exprimés dans l'arrêt *Charlebois* (2005), rien n'est moins sûr. Car cette affaire est, de prime abord, complètement refermée sur le contexte néo-brunswickois. Jamais n'est-il question du contexte plus large de l'intention législative sur les langues officielles au Canada, soit là où des droits linguistiques touchent simultanément le Québec et le reste du Canada. Par contre, il y a fort à parier que la Cour suprême n'aurait pas accepté d'entendre une affaire de nature strictement locale. De cet angle, le travail fait par la majorité des juges au sujet des principes d'interprétation des droits linguistiques en contexte néo-brunswickois pourrait déborder des frontières de cette province et retomber en territoire québécois. Mais pour l'heure, poursuivons.

En 2013, la Cour suprême rend un nouvel arrêt partagé dans l'affaire *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique*. À l'origine, la commission scolaire et un groupe de parents reprochaient à la province d'agir en contravention du droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Ils décident donc d'intenter un recours judiciaire en joignant à leur requête des documents rédigés uniquement en français. Mais le litige que doit trancher la Cour suprême en 2013 est tout autre. Car lorsque la province s'oppose devant le tribunal inférieur à ce que ces documents soient admis en preuve sans être accompagnés d'une traduction anglaise, la commission scolaire et le groupe de parents réagissent. Ils plaident l'existence d'un pouvoir discrétionnaire résiduel, que détiendraient les tribunaux de la province, leur permettant d'accepter des documents préparés dans une autre langue que l'anglais et non accompagnés d'une traduction dans cette langue. Devant la Cour suprême, la question est de savoir si ce pouvoir discrétionnaire résiduel existe.

À la majorité, 4 des 7 juges qui participent au jugement répondent par la négative. Selon eux, une loi britannique datant de 1731⁴⁴³, qui encadre la langue des documents judiciaires, trouve application en Colombie-Britannique. Et cette dernière exige que tous les documents déposés dans le cadre d'une instance judiciaire soient préparés en anglais ou accompagnés d'une traduction dans cette langue.

Comment est-ce possible ? À la fin du 19^e siècle, pour plus de sécurité juridique, la Colombie-Britannique avait décidé d'importer chez elle toutes les lois en vigueur en Angleterre à une date bien précise, soit le 19 novembre 1858. Puisque la loi de 1731 faisait partie de ces milliers lois en vigueur dans l'Angleterre de l'époque, elle a été importée, avec les autres, en Colombie-Britannique. Et selon les juges majoritaires dans l'affaire *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique*, cette loi de 1731 réglerait le litige : depuis l'importation des lois d'Angleterre, « la législature de la Colombie-Britannique, à tort ou à raison, n'a pas modifié les dispositions relatives à la langue des instances judiciaires dans la province »⁴⁴⁴.

Les juges majoritaires soutiennent aussi qu'il a déjà été question de donner aux tribunaux de la Colombie-Britannique le pouvoir discrétionnaire de tenir des procès en français. Ils rappellent qu'un projet de loi débattu en 1971 devant l'Assemblée législative aurait eu ce résultat. Or, ce projet de loi n'a jamais été adopté. Lors des débats parlementaires, notent les juges majoritaires, « le procureur général [de la province] avait exprimé des doutes sur la possibilité que l'appareil judiciaire puisse entendre des affaires en français »⁴⁴⁵.

Les juges majoritaires relèvent aussi que « le Canada est une fédération » et que la *Charte canadienne* « reconnaît par ailleurs l'importance du respect des pouvoirs constitutionnels des provinces »⁴⁴⁶. Puisque la Colombie-Britannique n'a pas adopté de mesures législatives pour permettre le français, constatent les juges majoritaires, « la Cour ne peut lui en imposer une »⁴⁴⁷. Il existe également une règle de pratique des tribunaux de la province qui « prescrit que toute pièce jointe à un affidavit et déposée au tribunal [soit] préparée en anglais ».

⁴⁴³ Intitulée *An Act that all Proceedings in Courts of Justice within that Part of Great Britain called England, and in the Court of Exchequer in Scotland, shall be in the English Language*.

⁴⁴⁴ *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2013 CSC 42, par. 53.

⁴⁴⁵ *Id.*

⁴⁴⁶ *Id.*, par. 56.

⁴⁴⁷ *Id.*, par. 57.

Conséquence : « il n'existe pas de pouvoir discrétionnaire résiduel de permettre la mise en preuve de documents dans une autre langue que l'anglais sans traduction dans cette langue »⁴⁴⁸.

Les trois juges minoritaires ne sont pas de cet avis. Les tribunaux de la province disposeraient de ce pouvoir discrétionnaire. La loi de 1731, soutiennent les minoritaires, n'a pas la clarté clamée par la majorité. Et les trois juges annoncent qu'ils combleraient l'ambiguïté de la loi de 1731, dans une affaire traitant du bilinguisme judiciaire en Colombie-Britannique, par un recours à des principes dégagés de la *Charte canadienne* et de la *Loi sur les langues officielles* du pays :

Pour ce qui est de la langue des instances en matière civile, la Loi de 1731 n'a pas été explicitement modifiée par une disposition législative adoptée en Colombie-Britannique. Toutefois, cela ne répond pas à la question de savoir si la Loi de 1731 a été implicitement modifiée par d'autres lois existantes, *par exemple la Loi sur les langues officielles [...] [celle de 1988, modifiée en 2005] – un texte quasi constitutionnel reconnaissant le français comme une des deux langues officielles du Canada –, ou par l'effet des droits linguistiques constitutionnellement garantis par la Charte [canadienne] et par les valeurs sur lesquelles reposent ces droits. Je n'écarte pas la possibilité que ces textes importants aient modifié la Loi de 1731 et ainsi habilité les tribunaux à exercer leur pouvoir discrétionnaire pour autoriser l'utilisation du français à l'égard, non seulement, des pièces, mais également d'autres aspects des instances judiciaires qui débordent le cadre du présent pourvoi. (italiques ajoutés)*⁴⁴⁹

Ce qui fascine dans ces motifs minoritaires, c'est le recours à la *Charte canadienne* et à la *Loi sur les langues officielles*, qui n'imposent aucune obligation de bilinguisme judiciaire à la Colombie-Britannique, pour rapprocher néanmoins la province de considérations de bilinguisme judiciaire. En nommant directement les événements de 1982 et de 1988 (celui de 1988, cité dans cet arrêt de 2013, contient aussi les éléments ajoutés en 2005) qui construisent l'intention législative sur les langues officielles au Canada, les juges minoritaires confirment l'importance qu'ils accordent à la trame narrative des cinq événements (1867, 1969, 1982, 1988 et 2005) dans l'interprétation des droits linguistiques. Selon eux, la *Charte canadienne* confirme « l'importance fondamentale du bilinguisme dans le tissu constitutionnel canadien »⁴⁵⁰. Et la *Loi sur les langues officielles* « témoigne de la nature

⁴⁴⁸ *Id.*, par. 58.

⁴⁴⁹ *Id.*, par. 89.

⁴⁵⁰ *Id.*, par. 106.

fondamentalement bilingue du Canada»⁴⁵¹. Citant des articles qui visent uniquement les institutions fédérales, les juges minoritaires n'hésitent pas à ajouter que les provinces ne peuvent quand même pas se défilier :

Bien que certains aspects de l'art. 16 de la *Charte* et de la *Loi sur les langues officielles* exigent l'égalité de statut et de traitement de chaque langue au sein des institutions fédérales, le souhait du gouvernement fédéral de permettre au bilinguisme de se manifester au sein de la société canadienne, et son engagement à cet égard, sont également évidents. D'ailleurs, le préambule de la *Loi sur les langues officielles* l'indique clairement :

Attendu :

[...]

qu'il [le gouvernement du Canada] s'est engagé à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones, au titre de leur appartenance aux deux collectivités de langue officielle, et à appuyer leur développement et à promouvoir la pleine reconnaissance et l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne.⁴⁵²

Si les juges minoritaires admettent l'existence d'un pouvoir discrétionnaire résiduel permettant la mise en preuve de documents dans une autre langue que l'anglais sans traduction dans cette langue, et ce, malgré la loi de 1731, c'est parce qu'il faut prendre en compte ce qui se dégage de la *Charte canadienne* et de la *Loi sur les langues officielles*. Il y a « le statut du français en tant que langue officielle du Canada », le principe constitutionnel de « protection des droits des minorités » et « l'engagement [quasi-]constitutionnel à protéger et à promouvoir tant le français que l'anglais »⁴⁵³.

Pour les juges minoritaires, il y a aussi la « situation particulière des parties » qui entre en ligne de compte⁴⁵⁴. L'affaire est portée par une commission scolaire protégée par l'article 23 de la *Charte canadienne* et « le litige sous-jacent concerne les droits à l'instruction en français garantis par la Constitution »⁴⁵⁵. Il y a aussi le Code criminel canadien, modifié en 1988 avec la *Loi sur les langues officielles*, qui impose des obligations linguistiques aux tribunaux de

⁴⁵¹ *Id.*, par. 107.

⁴⁵² *Id.*

⁴⁵³ *Id.*, par. 109.

⁴⁵⁴ *Id.*, par. 110.

⁴⁵⁵ *Id.*, par. 111.

la Colombie-Britannique en matière criminelle, qui est considéré par les juges minoritaires⁴⁵⁶.

Enfin, la règle de pratique des tribunaux de la province, qui prescrit que toute pièce jointe à un affidavit et déposée au tribunal soit préparée en anglais, ne vise, selon les trois minoritaires, que les « documents préparés en vue de leur utilisation devant la Cour »⁴⁵⁷. En définitive, ils déclarent qu'il existe un pouvoir discrétionnaire résiduel permettant la mise en preuve de documents dans une autre langue que l'anglais sans traduction dans cette langue, mais uniquement pour les documents non préparés en vue de leur utilisation devant la cour (ceux qui avaient été rédigés avant l'instance, et non pour l'instance).

Maintenant, qu'est-ce que tout cela peut bien vouloir dire pour le Québec ? Les juges majoritaires parviennent à éloigner la Colombie-Britannique du bilinguisme judiciaire grâce à l'histoire législative spécifiquement relative à cette province. À l'opposé, les juges minoritaires l'y rapprochent en se rattachant à l'intention législative sur les langues officielles au Canada ; les événements de 1982, 1988 et 2005. Ce qu'il faut donc retenir, c'est que le Québec n'a probablement rien à gagner ici. Soit la majorité a raison, et l'interprétation restrictive des droits linguistiques ne le concerne pas (le cas de la Colombie-Britannique se voit distingué). Soit, à l'inverse, c'est la minorité qui a raison, et alors l'interprétation large souhaitée dans les motifs minoritaires (qui se raccroche aux événements touchant le Québec) confirme que la Cour suprême pourrait vouloir étendre les obligations du Québec en matière de bilinguisme judiciaire si une question lui était posée. L'arrêt *Caron* confirme cette analyse.

L'affaire *Caron* naît lorsque deux hommes, Gilles Caron et Pierre Boutet, décident de contester la constitutionnalité de contraventions qu'ils ont reçues pour des infractions aux règles de la sécurité routière albertaines édictées uniquement en anglais. Ils prétendent que l'Alberta viole l'obligation constitutionnelle de bilinguisme législatif qui s'applique à elle depuis sa création en 1905.

L'argument principal est le suivant : l'Alberta est contrainte d'adopter ses lois en français et anglais parce que le décret impérial qui cède son territoire au Canada en 1870, et permet la création de la province en 1905, comprend en annexe la promesse faite en décembre 1867

⁴⁵⁶ *Id.*

⁴⁵⁷ *Id.*, par. 113.

par le gouvernement canadien de respecter les « droits acquis » des habitants du territoire advenant une telle cession. Or, en décembre 1867, parmi ces « droits acquis » dont jouissait la population du Nord-Ouest, il y avait la pratique du bilinguisme législatif par les autorités légiférant sur ce territoire⁴⁵⁸. L'Alberta ne respectant pas ce bilinguisme législatif, Caron et Boutet plaident que les règles de la sécurité routière albertaines édictées uniquement en anglais sont inconstitutionnelles. Les contraventions qu'ils ont reçues seraient donc, selon eux, invalides.

À la question de savoir si la promesse de respecter les « droits acquis » a eu pour effet de constitutionnaliser une obligation de bilinguisme législatif applicable à l'Alberta, une majorité de juges (6 sur 9) tranchent par la négative. Ils font valoir huit arguments (qu'il n'est pas pertinent de reprendre intégralement). Trois d'entre eux sont fondés sur des débats parlementaires :

- Lorsque l'expression « droits acquis » est mentionnée lors des débats à la Chambre des communes à Ottawa, les parlementaires, dont le premier ministre John A. Macdonald, parlent de droits de propriété sur le territoire et de droit de traite. Jamais n'est-il mentionné qu'elle peut faire référence à des droits linguistiques ;
- Les législateurs fédéraux décident d'assujettir les Territoires du Nord-Ouest à une obligation de bilinguisme uniquement en 1877, ce qui témoignerait, selon les juges majoritaires dans l'affaire *Caron*, du fait que les acteurs politiques de l'époque ne croyaient pas que le bilinguisme y était garanti depuis la promesse fédérale de décembre 1867 annexée au décret impérial de 1870. Cette interprétation serait confirmée par le fait que le bilinguisme est explicitement débattu à Ottawa lors de la création de l'Alberta en 1905 (va-t-on y assujettir ou non la nouvelle province ?) et sciemment omis (ce qui prouverait, aux yeux des juges majoritaires, que les législateurs de 1905 ne croyaient pas non plus que l'expression « droits acquis » comprenait déjà une promesse de bilinguisme) ;

⁴⁵⁸ L'affaire *Caron* est différente de l'affaire *Mercur* rendue en 1988 (voir la sous-partie I.B]ii]b]). Cette dernière concernait une obligation de bilinguisme législatif ajoutée dans la loi organisant les Territoires du Nord-Ouest qui aurait survécu à la transition lors de la création de la Saskatchewan à partir de ces Territoires pour être par la même occasion enchâssée dans la Constitution canadienne. On sait que la Saskatchewan et l'Alberta ont été créées toutes deux en 1905 par des lois fédérales semblables à partir des Territoires du Nord-Ouest.

- L'obligation de bilinguisme ajoutée à la loi sur les Territoires du Nord-Ouest en 1877 aurait de surcroît été acceptée à contrecœur par les parlementaires siégeant à la Chambre des communes à l'époque (ajoutée lors des débats sénatoriaux, les parlementaires de la Chambre des communes auraient accepté de la voter uniquement parce qu'ils ne voulaient pas retarder l'adoption du projet de loi ou provoquer sa mort au feuillet avec la clôture de la session). Ceci démontrerait, selon les juges majoritaires dans l'affaire *Caron*, que les parlementaires ne croyaient pas alors devoir agir afin d'honorer une promesse de bilinguisme datant de décembre 1867.

Les majoritaires rappellent aussi que

les forces historiques qui ont mené à la prestation du bilinguisme législatif dans les Territoires du Nord-Ouest à compter de 1877 « étaient tout à fait différentes de celles qui ont entraîné le compromis linguistique de 1867 [dans la foulée de la Confédération] en ce qui a trait aux institutions gouvernementales fédérales et québécoises (art. 133 [L.C. 1867]) ». ⁴⁵⁹

C'est ainsi que le cas albertain est définitivement distingué de l'intention législative sur les langues officielles au Canada, soit lorsque des droits linguistiques visent simultanément le Québec et le reste du Canada.

En conclusion, les juges majoritaires tranchent à la négative en indiquant qu'une autre réponse aurait « des conséquences d'une portée considérable » ⁴⁶⁰.

Les trois juges minoritaires tranchent à l'opposé : c'est parce qu'il n'a jamais été explicitement question de retirer les droits linguistiques de l'expression « droits acquis » qu'il y a lieu, selon eux, de les inclure. Fait significatif : partout, ceux-ci rattachent la promesse de respecter les « droits acquis » à l'événement de 1867 construisant l'intention législative sur les langues officielles.

Ainsi, si le bilinguisme législatif est pratiqué sur le territoire qui deviendra l'Alberta après la cession des Territoires du Nord-Ouest en 1870, c'est parce que ce territoire était d'abord administré par le fédéral (qui est soumis à l'article 133 de la L.C. 1867) et ensuite pour un temps à partir du Manitoba (province assujettie à une obligation de bilinguisme similaire à

⁴⁵⁹ *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56, par. 90.

⁴⁶⁰ *Id.*, par. 102.

celle visant le fédéral et le Québec). Dans les circonstances, croient les juges minoritaires, l'ajout en 1877 d'une obligation de bilinguisme à la loi sur les Territoires du Nord-Ouest était une façon pour les législateurs fédéraux d'honorer la promesse faite antérieurement de respecter les « droits acquis ». Voici qui résume bien leurs motifs :

Bref, après l'annexion, deux assemblées législatives canadiennes avaient compétence pour adopter des lois dans les territoires annexés : la nouvelle législature du Manitoba et le Parlement du Canada. Toutes deux avaient l'obligation constitutionnelle de publier leurs lois en anglais et en français. La question se pose alors : quelles autres obligations le Décret de 1870 pouvait-il avoir imposées ? Lorsqu'un organe législatif est finalement créé pour les Territoires du Nord-Ouest en 1875 sans garantie expresse de bilinguisme législatif, le sénateur Girard, un représentant des territoires, s'empresse de présenter la modification mentionnée précédemment [en 1877] pour rectifier cet oubli, au motif que les francophones des territoires ont autant droit au bilinguisme législatif que ceux du Québec et du Manitoba.⁴⁶¹

Les minoritaires tiennent donc à l'interprétation large en matière linguistique. En conclusion, répondant aux six juges majoritaires, ils soutiennent que leur position « n'entraînera pas pour autant le chaos » parce qu'elle « s'inscrit dans une jurisprudence abondante et constante »⁴⁶².

En résumé, l'arrêt *Caron* confirme l'analyse proposée plus haut au sujet des conséquences de l'arrêt *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique*. Cette analyse pourrait aussi concerner l'arrêt *Charlebois* de 2005. Comme les tribunaux tiennent à la stratégie voulant que les droits linguistiques soient interprétés conformément aux théories de la conception de la politique linguistique canadienne, ces arrêts ne changeront probablement rien pour le Québec. Aucune marge de manœuvre supplémentaire à gagner pour lui dans un avenir prévisible devant la Cour suprême. L'arrêt *MacDonald* (1986) et ses conséquences ne sont pas près d'être réanimés ou de retrouver toute leur certitude.

Pourquoi ? Parce si les juges majoritaires dans les arrêts *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique* et *Caron* ont raison (et tous les juges majoritaires et minoritaires de l'arrêt *Charlebois* de 2005), l'interprétation restrictive qui y est observée – limitant les obligations linguistiques des provinces – n'est pertinente que pour le contexte propre à chacune des provinces anglophones concernées. Et le Québec, lui, ne se trouve concerné que lorsqu'il est question plus généralement de l'intention législative sur les langues officielles

⁴⁶¹ *Id.*, par. 215.

⁴⁶² *Id.*, par. 243.

au Canada, construite en cinq événements, c'est-à-dire lorsque lui-même et le reste du Canada sont visés. Les juges majoritaires ne parlent donc pas au Québec.

À l'inverse, si ce sont les juges minoritaires qui ont raison (dans les arrêts *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique* et *Caron*), le bilinguisme législatif et judiciaire est appelé à croître dans les provinces anglophones concernées et, symétriquement, au Québec. Il en va de l'intention législative sur les langues officielles au Canada, qui commande une interprétation symétrique, et qui fera progresser les droits de la langue anglaise au Québec dans la mesure où les droits du français progressent ailleurs au Canada.

Pour qu'il y ait un retour intéressant pour la politique linguistique du Québec dans la plus récente jurisprudence, il fallait que les motifs majoritaires (prônant l'interprétation restrictive, donc limitant les obligations de bilinguisme des provinces) soient raccrochés à l'intention législative sur les langues officielles au Canada, à savoir les événements de 1867, 1969, 1982, 1988 et 2005. Or, ce sont les motifs minoritaires, qui défendent l'interprétation large et la progression du bilinguisme, qui s'y raccrochent.

Le Québec est bien piégé. La francophonie canadienne est appelée à se diviser à nouveau.

Peut-elle s'en remettre ? Ses représentants devront trouver des pistes ailleurs que dans des arguments jurisprudentiels à être plaidés devant la Cour suprême. Il y a des décennies qu'ils tournent en rond. Il faudra pour la suite élever le jeu.

ii) De nouvelles contraintes pour l'émergence d'une interprétation asymétrique susceptible de réconcilier la francophonie canadienne

La structure des droits linguistiques au Canada doit être prise au sérieux. Malgré tout ce que la francophonie canadienne a à partager, cette structure et ce qu'en font les tribunaux sèment la division. La réconciliation ne peut être un horizon que si le Québec et les francophones minoritaires acceptent de voir plus loin que leurs intérêts à court terme (a). Maintenant, la théorie des contraintes juridiques permet de penser la riposte (b).

a) Des voies de rapprochements à construire là où présentement germe la division

Le Québec et les minorités francophones se sont souvent présentés divisés devant la Cour suprême du Canada. Cette division s'est exprimée dans huit affaires différentes :

- *Blaikie*, 1979 (sur la validité des dispositions de la loi 101 encadrant la langue des lois et des tribunaux, un défenseur des droits des Franco-Manitobains intervient pour plaider [victorieusement] qu'elles sont inconstitutionnelles au motif que Québec est astreint aux obligations de bilinguisme prévues dans la L.C. 1867 [voir la sous-partie I.A) ii) b]));
- *Blaikie*, 1981 (sur la demande du Québec voulant que la portée des obligations de bilinguisme législatif et judiciaire qui le concernent soit clarifiée, le défenseur des Franco-Manitobains intervient pour convaincre la Cour suprême de ne pas rouvrir le dossier considérant l'absence de litige concret permettant de mesurer les implications réciproques pour le français au Manitoba [il échoue] [voir la sous-partie I.A) ii) b]));
- *MacDonald*, 1986 (sur la validité de documents judiciaires rédigés uniquement en français au Québec, une association représentant les intérêts des Franco-Manitobains intervient pour plaider [sans succès] que le droit de choisir l'anglais dans la procédure judiciaire au Québec oblige l'État québécois à conséquemment utiliser lui-même l'anglais dans ses documents [voir la sous-partie I.B) ii) b]));
- *Mahé*, 1990 (sur le droit de gestion et de contrôle des écoles des minorités officielles, Québec intervient pour plaider [sans succès] que le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité ne le comprend pas [voir la sous-partie II.A) i) b]));
- *Renvoi manitobain* de 1992 (sur l'ajout de nouveaux actes à la liste de ceux visés jusque-là par l'obligation de bilinguisme législatif, Québec intervient pour contredire [en partie sans succès] la prétention de l'association représentant les intérêts des Franco-Manitobains qui souhaite que cette liste soit augmentée [voir la sous-partie II.A) i) b]));
- *Solski*, 2005 (sur la prise en compte du contexte québécois dans l'interprétation du droit à l'instruction dans la langue de la minorité, six associations représentant des francophones minoritaires interviennent [avec un certain succès] pour s'opposer à ce que cette prise en compte le soit à cette étape [voir la sous-partie II.A) ii) b]));
- *Nguyen*, 2009 (sur la validité de l'exclusion de l'enseignement reçu dans une école de langue anglaise privée non subventionnée du Québec lors de l'évaluation du lien entre

l'enfant et les institutions de la communauté anglo-québécoise⁴⁶³, deux associations représentant des minorités francophones interviennent pour en plaider [victorieusement] l'incompatibilité avec le droit à l'instruction dans la langue de la minorité [voir la sous-partie II.B) i) b)] ;

- *Commission scolaire du Yukon*, 2015 (sur la validité d'un règlement encadrant l'accès à l'école de langue française en milieu minoritaire, Québec intervient pour plaider [victorieusement] sa validité considérant que le pouvoir d'encadrer l'accès à l'école de la minorité revient aux provinces [et aux territoires] [voir la sous-partie II.B) i) b)]).

Juridiquement, cette division trouve une justification évidente. Du côté québécois, on fait le calcul suivant : « toute augmentation ou interprétation élargie des droits des minorités [...] donne de nouvelles armes à ceux qui cherchent à contester la loi 101 et menace donc la politique linguistique du Québec »⁴⁶⁴. Du côté de la francophonie minoritaire, on fait exactement la même analyse. Le juriste Ronald Caza l'exprime ainsi en 2013 :

Ce que vous [le Québec] faites aux anglophones, et puis quand vous leur enlevez des droits, si vous avez gain de cause, les mêmes arguments sont utilisés par le gouvernement de l'Ontario contre nous [les minorités francophones]. [...] Puis les précédents qui sont développés, bien ce sont des précédents qui affectent toutes les minorités linguistiques [les minorités officielles, anglophone au Québec et francophones dans le reste du Canada].⁴⁶⁵

Juridiquement, donc, Québec intervient d'abord pour protéger le pouvoir qu'il détient en vertu de la Constitution d'encadrer la langue d'enseignement dans ses écoles et de déterminer quelle langue est officielle à l'Assemblée nationale et devant ses tribunaux. Québec, de ce point de vue, défend, comme tout gouvernement normalement constitué, sa souveraineté. L'opposition qu'il exprime face à une revendication portée par des francophones hors Québec s'apparente alors davantage à un dommage collatéral ou à un tir ami.

⁴⁶³ Ou de l'exclusion dans cette évaluation de l'enseignement reçu en anglais sur le fondement d'une exemption à l'obligation de fréquenter l'école française.

⁴⁶⁴ José WOEHLING, « Les concepts juridiques mis en œuvre en matière de politique linguistique », (2010) 16-3 *Télescope* 22, 37.

⁴⁶⁵ CARTE DE VISITE, une émission de Gisèle Quenneville, Linda Godin et Daniel Lessard, *Ronald Caza, avocat*, TFO, 2013, en ligne : <<https://www.tfo.org/fr/univers/carte-de-visite/100351878/ronald-caza-avocat>> (consulté le 2 avril 2019).

De l'autre côté, de la même manière, la francophonie minoritaire intervient moins contre la position du procureur général du Québec, en matière d'éducation ou sur l'organisation des institutions politiques, que pour défendre ses droits et l'autonomie institutionnelle chère aux minorités officielles. De plus, elle ne fait qu'emprunter la voie que les pères du bilinguisme canadien lui ont précédemment tracée.

Pierre Elliott Trudeau l'a imaginée de cette façon : les droits du français sont appelés à progresser hors Québec dans la mesure où les droits de l'anglais progressent au Québec. Il le disait en 1976 au plus fort de la crise « du bilinguisme dans l'air » – après l'adoption de la *Loi sur les langues officielles* et la mise sur pied de différents fonds subventionnaires conséquents – afin de justifier la politique linguistique de son gouvernement : « on ne réussira pas dans le reste du pays à leur faire accepter le bilinguisme, si dans le Québec on ne leur fait pas accepter le bilinguisme »⁴⁶⁶. Il l'annonçait déjà en 1967 dans son livre *Le fédéralisme et la société canadienne-française*. C'est l'égalité des langues au Québec qui « permettra aussi d'exiger la parité du français avec l'anglais dans toutes les institutions fédérales, et éventuellement même de négocier cette parité avec les autres provinces »⁴⁶⁷.

Durant toute cette période, Québec a voulu résister à cette exhortation au bilinguisme institutionnel. Pour le presser, Trudeau a envoyé au front – au nom de l'unité canadienne, qui requiert de combattre la volonté du Québec de s'ériger en État français – les minorités officielles. Jean-Robert Gauthier, le député fédéral franco-ontarien, sait « que les minorités ont été utilisées comme des pions, comme du matériel de négociation par les croupiers du jeu constitutionnel » en 1982⁴⁶⁸. De nombreux auteurs font le bilan suivant : « les minorités francophones hors Québec ont été beaucoup utilisées et peu consultées »⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ ARCHIVES DE RADIO-CANADA, *Émission : Rencontre de Pierre Elliott Trudeau avec les journalistes*, 9 juillet 1976, en ligne : <http://archives.radio-canada.ca/sports/premiers_ministres_canadiens/clips/12893/> (consulté le 7 novembre 2018).

⁴⁶⁷ Pierre ELLIOTT TRUDEAU, *Le fédéralisme et la société canadienne-française*, Montréal, HMH, 1967, p. xi.

⁴⁶⁸ Martin NORMAND, « De l'arène politique à l'arène juridique : les communautés francophones minoritaires au Canada et la *Charte canadienne des droits et libertés* », dans François ROCHER et Benoît PELLETIER (dir.), *Le nouvel ordre constitutionnel canadien : du rapatriement de 1982 à nos jours*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2013, p. 179, à la page 189.

⁴⁶⁹ Linda CARDINAL et Luc JUILLET, « Les minorités francophones hors Québec et la gouvernance des langues officielles au Canada », dans Jean-Pierre WALLOT (dir.), *La gouvernance linguistique : le Canada en perspective*, Ottawa, Presse de l'Université d'Ottawa, 2005, p. 157, à la page 159.

Le sénateur Louis Robichaud, père du bilinguisme au Nouveau-Brunswick, en témoigne aussi lors des débats parlementaires sur le projet de loi C-72 sur les langues officielles en 1988. Selon lui, la progression des droits du français hors Québec est freinée par le mouvement d'affirmation du français au Québec. « [L]e Québec nous met en péril [“nous”, les minorités françaises] jusqu'à un certain point », dit Robichaud⁴⁷⁰. Les témoignages de cette nature, en première ligne, sont nombreux. On l'a vu.

Certes, les francophones minoritaires interviennent pour que les droits de l'anglais progressent au Québec. Mais ils ne font qu'emprunter la voie que les pères du bilinguisme canadien lui ont indiquée. Ils veulent d'abord voir avancer réciproquement leurs revendications dans le reste du Canada.

La politique linguistique canadienne a été construite, à partir de 1969, de façon à piéger le Québec. Au nom de l'unité canadienne, il s'agissait de condamner la politique linguistique québécoise en rattachant son déploiement au recul des droits du français hors Québec. En d'autres mots, Québec se trouverait à faire obstacle à la progression des droits du français au Canada lorsqu'il tenterait de défendre le français chez lui. Il apparaîtrait en bourreau devant les revendications des francophones hors Québec. Le projet conçu par Trudeau a eu le génie de s'ancrer immédiatement dans les fondements retrouvés dans la L.C. 1867. Il a ensuite trouvé la force de se voir enchâsser dans la Constitution en 1982.

La politique linguistique canadienne a créé deux minorités officielles, les Anglo-Québécois et les francophones dans le reste du Canada. Elle a eu pour effet de « désolidarise[r] les francophones hors Québec de la majorité québécoise »⁴⁷¹ en laissant entendre que les gains faits par l'anglais au Québec feraient revivre les droits du français hors Québec. Le projet pensé par Trudeau est enfin devenu l'indépassable modèle conceptuel lorsque est venu le temps de moderniser et de prolonger la *Loi sur les langues officielles* en 1988 et 2005.

⁴⁷⁰ DÉLIBÉRATIONS DU COMITÉ SPÉCIAL DU SÉNAT SUR LE PROJET DE LOI C-72, LOI CONCERNANT LE STATUT ET L'USAGE DES LANGUES OFFICIELLES DU CANADA, 33^e légis., 2^e sess., Ottawa, p. 1 : 16.

⁴⁷¹ Hubert GUINDON, « De l'usage “canadien” des minorités », (1995) 19 : 1-2 *Possibles* 172, 179.

Bref, les cinq événements qui construisent l'intention législative sur les langues officielles au Canada (lorsque le Québec est concerné) expliquent juridiquement – avec le travail consécutif des tribunaux – la division dans la francophonie canadienne.

Mais le point de vue juridique n'est pas la fin de l'histoire, loin de là. Culturellement, linguistiquement, politiquement et démographiquement, cette division est impossible à justifier. N'en déplaise à la politique linguistique canadienne, le Québec et les minorités françaises forment, ensemble, la principale minorité nationale du Canada. Il reste en conséquence aberrant de constater que ceux-ci sont incapables de formuler une position commune, ou encore incapables de s'entendre pour ne pas juridiquement se nuire, sur des enjeux aussi existentiels que l'autonomie institutionnelle des communautés ou la souveraineté – dans ses champs de compétence – du seul État francophone d'Amérique du Nord.

Ce n'est pas comme si le Québec et les minorités françaises n'avaient pas mutuellement avantage à ce que l'espace de diffusion de la langue et de la culture françaises trouve le moyen de s'accroître au Canada. Ce n'est pas comme si la francophonie était en pleine expansion en terre d'Amérique et que quelques accrochages sur des questions accessoires à son irrésistible vitalité devenaient un détail à relativiser dans un bilan globalement et généralement positif. Non, le Québec et les minorités françaises, considérant leur réalité, n'ont pas les moyens de se payer le luxe d'une telle division. En conséquence, comme le souhaitait le premier ministre du Québec Honoré Mercier en 1889, on a envie de dire : « Cessons nos luttes fratricides. Unissons-nous ! »

Aujourd'hui, tous l'admettent. Il faut trouver une solution. Les temps n'étant plus aux grandes réformes constitutionnelles au Canada, des observateurs se rabattent sur l'interprétation judiciaire pour que s'ouvre une voie de réconciliation pour la francophonie canadienne. Il s'agit du débat symétrie-asymétrie qui traverse la présente thèse. En introduction, on recensait cinq courants de pensée coexistant présentement dans la littérature. Aucun n'offre de solutions complètement satisfaisantes.

- Retour sur la revue de la littérature

Premièrement, des auteurs sont d'avis que tout est déjà en place depuis longtemps. Selon eux, l'interprétation asymétrique est une réalité ; ne reste plus qu'à en récolter les fruits. Pour Frédéric Bérard, codirecteur fondateur de l'Observatoire national en matière de droits linguistiques de l'Université de Montréal, la division qui persiste dans la francophonie canadienne est uniquement le fait de l'aveuglement idéologique du procureur général du Québec. L'état du droit permettrait une convergence des intérêts du Québec et des minorités françaises devant les tribunaux. Les questions ont trouvé leurs réponses.

Mark Power, un avocat incontournable en matière de droits linguistiques au Canada, souvent procureur pour des associations qui défendent les intérêts des minorités françaises, écrit avec deux collègues juristes « qu'il est faux de prétendre aujourd'hui que les victoires juridiques des communautés d'expression française en situation minoritaire dans le domaine des droits linguistiques se réalisent aux dépens des intérêts de la majorité francophone du Québec ou nuisent à celle-ci »⁴⁷². Peut-être en était-il ainsi durant les années 1960, admet-il, mais la *Charte canadienne*, selon lui, « a mis fin à tout conflit juridique réel qui pouvait exister entre les droits linguistiques et culturels des francophones du Québec et ceux des locuteurs du français habitant les autres juridictions du Canada »⁴⁷³. Il rejoint là-dessus l'avis de Bérard.

Power passe en revue la jurisprudence de la Cour suprême du Canada exposant les chocs survenus entre la loi 101 et la *Charte canadienne*. Et finalement, plaide-t-il, le choc n'a laissé aucune séquelle. D'abord, l'arrêt *Quebec Protestant School Boards* (1984) est l'exception qui confirme son analyse ; un cas d'espèce. Rappelons que la Cour suprême y invalide les dispositions originales de la loi 101 encadrant l'accès à l'école de langue anglaise et refuse ensuite de se demander si celles-ci peuvent néanmoins se justifier « dans le cadre d'une société libre et démocratique ». L'arrêt *Ford* (1988), selon Power, est l'occasion pour le plus haut tribunal de reconnaître l'importance de l'objet de la loi 101 et de suggérer la validité de l'exigence de la nette prédominance du français dans l'affichage commercial au Québec⁴⁷⁴.

⁴⁷² Mark POWER, Marc-André ROY et Mathieu STANTON, « La sécurité linguistique et culturelle des francophones du Québec et des communautés d'expression française en situation minoritaire : un jeu à somme nulle ? », dans *Retour sur les états généraux du Canada français : continuités et ruptures d'un projet national*, Jean-François LANIEL et Joseph-Yvon THÉRIAULT (dir.), Québec, Presses de l'Université du Québec, 2016, p. 233, à la page 234.

⁴⁷³ *Id.*

⁴⁷⁴ Power croit en outre que l'arrêt *Ford* ne concerne pas la *Charte canadienne* : « C'est donc en vertu d'une loi québécoise [la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec], adoptée par l'Assemblée nationale

Ensuite, sur l'arrêt *Gosselin* (2005), Power écrit : « Ce jugement constitue une victoire importante [pour le Québec] et montre que l'article 23 [de la *Charte canadienne*] permet au législateur québécois d'imposer le français comme langue d'instruction à la majorité. »⁴⁷⁵ Au sujet de l'arrêt *Solski* (2005), il relève que la Cour préfère une interprétation atténuante de la loi 101 plutôt que de prononcer son inconstitutionnalité. Power retient : « On voit donc une volonté certaine de prendre en considération le contexte particulier du Québec au moment de déterminer la validité des mesures que le législateur québécois met en place »⁴⁷⁶.

Et concernant l'arrêt *Nguyen* (2009), notant que la loi 101 est déclarée inconstitutionnelle, il souligne à gros traits que, même s'il en est ainsi, la Cour prend soin d'écrire que l'objet de la loi 101 est important : « Cependant, précise Power, il [le juge Lebel, qui rédige les motifs de la Cour suprême dans l'arrêt *Nguyen*] ne rejettera pas pour autant l'objectif du législateur québécois. »⁴⁷⁷ En outre, soutient Power, le phénomène des « écoles passerelles » ne se trouve pas encouragé par le plus haut tribunal. Le problème, c'est donc que le législateur va trop loin en excluant la prise en compte de l'enseignement reçu dans une école de langue anglaise privée non subventionnée du Québec dans l'évaluation d'une demande d'accès à l'école de langue anglaise. « Dans la mesure où les résultats sont mitigés dans l'affaire *Nguyen*, ce n'est pas par manque de compréhension des besoins du Québec, mais bien parce

bien avant l'adoption de la *Charte canadienne*, que ces dispositions [celles de la loi 101] ont été invalidées. » (*id.*, à la page 248) Cette opinion, qui revient parfois, ne prend pas en compte le plus large contexte de l'arrêt *Ford*. La *Charte canadienne* y était bien présente partout : Éric POIRIER, « Note critique », Frédéric Bérard, *Charte canadienne et droits linguistiques : pour en finir avec les mythes*, (octobre 2017) *L'Action nationale* 76, 79-85.

⁴⁷⁵ Mark POWER, Marc-André ROY et Mathieu STANTON, « La sécurité linguistique et culturelle des francophones du Québec et des communautés d'expression française en situation minoritaire : un jeu à somme nulle ? », dans *Retour sur les états généraux du Canada français : continuités et ruptures d'un projet national*, Jean-François LANIEL et Joseph-Yvon THÉRIAULT (dir.), Québec, Presses de l'Université du Québec, 2016, p. 233, à la page 250.

⁴⁷⁶ *Id.*, à la page 254. Power parle aussi de l'arrêt *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*, 2005 CSC 16, où il est question du respect de la procédure de contestation établie par la loi 101. Il n'est pas pertinent à l'étude de l'interprétation asymétrique puisqu'il n'a pas d'équivalent en provenance de l'extérieur du Québec.

⁴⁷⁷ Mark POWER, Marc-André ROY et Mathieu STANTON, « La sécurité linguistique et culturelle des francophones du Québec et des communautés d'expression française en situation minoritaire : un jeu à somme nulle ? », dans *Retour sur les états généraux du Canada français : continuités et ruptures d'un projet national*, Jean-François LANIEL et Joseph-Yvon THÉRIAULT (dir.), Québec, Presses de l'Université du Québec, 2016, p. 233, à la page 254.

que les mesures que le législateur québécois a mises en place sont démesurées par rapport à la faible sévérité du problème. »⁴⁷⁸

Power est catégorique : « il est erroné de prétendre que les droits linguistiques prévus dans la *Charte canadienne* ne font pas l'objet d'une interprétation permettant de prendre en compte les caractéristiques particulières du Québec ainsi que son besoin de se munir de mécanismes de protection linguistique et culturelle efficaces »⁴⁷⁹. Le réputé procureur le répète : « la thèse voulant que les victoires juridiques des communautés d'expression française en situation minoritaire soient obtenues aux dépens de la majorité francophone du Québec ne repose pas sur des assises solides. »⁴⁸⁰ Dit autrement, comme le veut la formule, la protection du français au Québec et hors Québec « n'est pas un jeu à somme nulle »⁴⁸¹.

Mais l'analyse de Power, comme d'ailleurs celle du juriste Bérard, n'explique jamais pourquoi la francophonie canadienne se divise devant la Cour suprême du Canada.

« [L]e jeu à somme nulle » pouvait être une réalité des années 1960, dit Power, avec des gains pour le français hors Québec faisant progresser les droits de l'anglais au Québec, et vice versa. La jurisprudence portant sur la *Charte canadienne* démontrerait toutefois qu'il y a absence de « conflit juridique réel ». En conséquence, Power croit, doit-on déduire, que Québec s'est trompé en intervenant contre les minorités françaises dans les affaires *Mahé* (1990) et *Commission scolaire du Yukon* (2015). Lorsque la *Charte canadienne* est en jeu, Québec procède nécessairement d'une mauvaise analyse, car autrement, comme le comprend Power, Québec comprendrait que la Cour suprême accorde la première importance au contexte québécois ; qu'elle ne veut jamais confondre ce contexte avec celui des minorités officielles. Power est catégorique : une victoire pour le français hors Québec n'aide pas réciproquement les droits de l'anglais au Québec.

Si on l'admet, alors Québec était effectivement dans l'erreur en 1990 et 2015 en intervenant dans les affaires *Mahé* et *Commission scolaire du Yukon*. Bérard dirait qu'il a été aveuglé

⁴⁷⁸ *Id.*, à la page 255.

⁴⁷⁹ *Id.*

⁴⁸⁰ *Id.*

⁴⁸¹ *Id.*, à la page 258.

par un « nationalisme méthodologique »⁴⁸². En revanche, toujours en ne considérant que les affaires mettant en cause la *Charte canadienne*, comme le veut Power, il faudrait admettre que huit associations représentant les intérêts de francophones minoritaires étaient tout autant dans l'erreur en intervenant contre la position du Québec dans les arrêts *Solski* (2005) et *Nguyen* (2009).

Selon ce scénario, tout le monde s'est trompé, le Québec et les minorités françaises, lors des épisodes de 1990, 2005, 2009 et 2015. Ça fait beaucoup de monde. Et aucun acteur n'a jamais su reconnaître que l'état du droit permet la convergence des intérêts des uns et des autres. Ça frôle le complot. Il devient difficile de comprendre pourquoi ces auteurs pour qui tout est réglé – Power, Bérard et ceux qui s'ajoutent au premier courant de pensée recensé – ne cherchent jamais à expliquer pourquoi la francophonie canadienne se divise toujours devant la Cour suprême du Canada.

L'analyse de Power est d'autant plus difficile à suivre qu'il a lui-même, comme procureur de l'Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques et de l'Association des conseillers(ères) des écoles publiques de l'Ontario, contribué à la division de la francophonie canadienne dans les affaires *Solski* et *Nguyen*. Power ne comprend pas pourquoi Québec voudrait intervenir contre les minorités françaises, mais il conseille lui-même aux associations de francophones minoritaires d'intervenir contre Québec. Dans l'avis juridique qu'il signe en 2011 pour la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada, souvenons-nous, il justifie l'intervention « agressive » contre Québec par « la peur du développement asymétrique du contenu des droits linguistiques en matière d'éducation »⁴⁸³. De plus, il y écrit que le droit à l'instruction dans la langue de la minorité « ne varie pas selon la juridiction du pays », donc d'une province à l'autre, en principe, « mais bien uniquement en fonction du nombre d'enfants qui se prévaudront de l'éducation »⁴⁸⁴. Les

⁴⁸² Frédéric BÉRARD, *Charte canadienne et droits linguistiques : Pour en finir avec les mythes*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2017, p. 297.

⁴⁸³ L'avis juridique portait en premier lieu sur le projet de loi fédéral déposé par Thomas Mulcair proposant de modifier le *Code canadien du travail* : Mark C. POWER, *Étude d'impact juridique. Projet de loi C-455 – Loi modifiant le Code canadien du travail (langue française)*, réalisée pour la FCFA du Canada, 30 août 2011, p. 18.

⁴⁸⁴ *Id.*

tribunaux ne sont pas particulièrement intéressés par la situation du Québec ou celle des francophones minoritaires, plaide-t-il en 2011, mais uniquement par le critère du nombre.

Dans cet avis qu'il écrit pour la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada, Power aborde aussi le *Renvoi manitobain sur les droits scolaires* de 1993. Pour mémoire, la Cour suprême y indique qu'« il peut bien être nécessaire d'adopter des méthodes d'interprétation différentes dans divers ressorts qui tiennent compte de la dynamique linguistique particulière à chaque province ». En 2011, Power le commente en ces termes : « Presque vingt ans plus tard, ces arguments n'ont pas été retenus dans la jurisprudence »⁴⁸⁵. En résumé, il croit alors que l'approche de la Cour suprême sur les droits linguistiques est symétrique et que c'est bien ainsi.

Tout compte fait, Power dit une chose et son contraire selon qu'il conseille la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada en 2011 ou qu'il écrit avec ses deux collègues juristes en 2016 ? Quand même pas, peut-on lui concéder. Car l'opinion qu'il exprime en 2016 sur la jurisprudence exposant les divergences existant (ou pas) entre la loi 101 et la *Charte canadienne* tient pleinement la route considérant qu'il y pose un regard normatif (par opposition à descriptif).

Ses présupposés remontent ici et là dans le texte. Il écrit : « la jurisprudence révèle que la *Charte canadienne n'a pas porté atteinte à la sécurité linguistique et culturelle des Québécoises et des Québécois de langue française* » (italiques ajoutés)⁴⁸⁶. Il retient : « Les jugements considérés par certains comme contraires aux efforts du gouvernement québécois en vue de protéger la langue et la culture des francophones de cette province [le Québec] *ont souvent eu un impact assez limité* » (italiques ajoutés)⁴⁸⁷. Il ajoute : « au Québec, les décisions judiciaires *n'ont fait que modifier légèrement les conditions d'accès* à un système scolaire de langue anglaise qui est en place depuis le XIX^e siècle » (italiques ajoutés)⁴⁸⁸. Il croit : « Ces développements positifs [les décisions judiciaires favorables au français hors Québec qu'il

⁴⁸⁵ *Id.*

⁴⁸⁶ Mark POWER, Marc-André ROY et Mathieu STANTON, « La sécurité linguistique et culturelle des francophones du Québec et des communautés d'expression française en situation minoritaire : un jeu à somme nulle ? », dans *Retour sur les états généraux du Canada français : continuités et ruptures d'un projet national*, Jean-François LANIEL et Joseph-Yvon THÉRIAULT (dir.), Québec, Presses de l'Université du Québec, 2016, p. 233, à la page 246.

⁴⁸⁷ *Id.*, à la page 256.

⁴⁸⁸ *Id.*

cite], vécus par les francophones habitant les provinces à majorité anglophone, *n'ont pas eu d'impact négatif sur la capacité du Québec à prendre les mesures nécessaires en vue de protéger la langue et la culture françaises.* » (italiques ajoutés)⁴⁸⁹

En un mot, la protection du français au Québec et hors Québec « n'est pas un jeu à somme nulle », comme l'affirme Power, mais à condition, seulement, de prendre pour avéré le fait que la *Charte canadienne* « n'a pas porté atteinte à la sécurité linguistique et culturelle des Québécoises et des Québécois », qu'elle n'a eu qu'un « impact assez limité », qu'elle n'a « fait que modifier légèrement les conditions d'accès » à l'école de langue anglaise et qu'elle n'a « pas eu d'impact négatif sur la capacité du Québec » de protéger le français. Autrement dit, il ne s'agit pas d'un jeu à somme nulle, car la francophonie minoritaire a fait des gains et Québec n'a eu à avaler en échange, juge-t-il, presque rien. Or, Power et ses collègues juristes ne font sur ce point aucune démonstration. Ils exposent plutôt leurs valeurs qu'ils croient probablement partagées par tous. Ils se permettent de déterminer ce qui est politiquement significatif ou insignifiant selon une grille d'analyse qu'ils ne dévoilent pas. Dans les circonstances, un autre regard leur échappe.

On peut penser que l'arrêt *Quebec Protestant School Boards* n'a rien de banal, qu'il ne fait pas qu'imposer limitativement de nouveaux critères d'accès à l'école de langue anglaise au Québec. En 1984, la Cour suprême confirme que Québec perd le contrôle de ses frontières en matière de langue d'enseignement ; elle décide que de nouveaux enfants en provenance du reste du Canada pourront dorénavant avoir accès à l'école de langue anglaise au Québec, alors même qu'elle avait le pouvoir de juger autrement et de reconnaître comme justifiée la loi 101 dans sa version originale. *Quebec Protestant School Boards* n'est en conséquence pas un cas d'espèce ; il ouvre plutôt la porte à d'autres contestations, dont l'affaire *Solski*, qui met en cause notamment un enfant ayant étudié au Canada anglais.

On peut penser que l'arrêt *Ford* n'exprime pas l'ouverture au contexte québécois que certains croient. Il invalide au contraire la loi 101 et suggère avec l'affichage bilingue une piste qui contredit l'objectif de faire du français la langue commune du Québec. En 1988, en s'attaquant au français dans l'affichage commercial, la Cour suprême désapprouve le moyen le plus important, symboliquement, qui avait été donné à la loi 101 pour atteindre son

⁴⁸⁹ *Id.*, à la page 258.

objectif ; cette idée que pour faire du français la langue commune sur un territoire le Québec a besoin de lieux où tous ses citoyens transigent en français. *Ford* n'est pas une reconnaissance de l'importance de la loi 101 ; *Ford* c'est la déconstruction de l'intention qui l'animait.

Pour ce qui est des arrêts *Gosselin*, *Solski* et *Nguyen*, on peut penser que leur importance repose moins dans ce qu'ils disent à l'attention du Québec que dans ce qu'ils offrent aux francophones hors Québec. En 2005 et 2009, la Cour suprême regarde simultanément le contexte québécois et la situation des minorités françaises, confirmant par la même occasion l'existence d'un rapport de réciprocité dans l'interprétation des droits linguistiques. Québec doit modérément ouvrir les portes des écoles de langue anglaise aux non-anglophones afin que les minorités françaises puissent bénéficier d'une même marge pour leurs institutions à l'égard des non-francophones. On ne peut pas plus clairement opposer le Québec et les minorités françaises.

Power et ses collègues juristes auraient gagné à confronter plus largement leur opinion à la dure réalité de la division de la francophonie devant le plus haut tribunal canadien. Leur article publié en 2016 porte le titre suivant : *La sécurité linguistique et culturelle des francophones du Québec et des communautés d'expression française en situation minoritaire : un jeu à somme nulle ?* Leur analyse mérite maintenant d'être complétée en ne la limitant pas qu'à la *Charte canadienne*.

Le Québec et les minorités françaises sont intervenus les uns contre les autres dans huit affaires : 1979, 1981, 1986, 1990, 1992, 2005, 2009 et 2015⁴⁹⁰. Qu'est-ce que cela nous dit ? Cela nous dit que le problème dépasse la *Charte canadienne*, qu'il comprend aussi les droits linguistiques prévus dans la L.C. 1867 et concerne plus largement l'architecture de la politique linguistique canadienne. En s'attardant à ce fait, deux choses apparaissent clairement : d'une part, les tribunaux tranchent les dossiers relatifs aux droits linguistiques à

⁴⁹⁰ La position du Québec et des francophones minoritaires n'a convergé qu'une seule fois, dans le *Renvoi manitobain* de 1985. Or, le gouvernement québécois intervient moins dans cette affaire pour participer à la réconciliation qu'il ne saisit l'occasion de rappeler à la Cour suprême qu'elle doit imposer au Manitoba ce que l'arrêt *Blaikie* impose au Québec.

l'aide d'une stratégie éprouvée ; et d'autre part, considérant cette stratégie, on comprend que les protections du français au Québec et hors Québec s'opposent structurellement.

Donc, pas besoin d'une contre-proposition normative pour relativiser les conclusions de Power. Pour comprendre les chocs survenus entre la loi 101 et la *Charte canadienne*, il faut situer ce phénomène dans son plus large contexte. Pour se prononcer sur les points de convergence du Québec et des minorités françaises ou sur le problème de la division dans la francophonie canadienne, il faut savoir mettre le point de vue des acteurs au centre des considérations. L'asymétrie pour elle-même ne permettra pas la réconciliation. Manifestement, tout n'a pas été réglé. Revenons donc aux huit occasions de division dans la francophonie canadienne. Québec et minorités françaises se retrouvent dos à dos.

D'une part, au plus fort de la confrontation Québec-Canada sur les droits linguistiques durant les années 1960 et 1970, les juges se sont réfugiés derrière l'intention législative sur les langues officielles lue à partir des théories de la conception de la politique linguistique canadienne. Une façon de protéger et d'accroître leur pouvoir. Une aubaine pour la Cour suprême à cet égard. C'est ainsi que l'histoire législative, après avoir été révélée comme stratégie dans l'arrêt *Jones* (1975), s'est avérée un motif explicite et efficace dans quatre des huit affaires exposant une francophonie divisée : les arrêts *Blaikie* (1979 et 1981), *MacDonald* (1986) et *Solski* (2005).

Cette stratégie est aussi présente, plus implicitement, dans les quatre autres affaires. Dans l'arrêt *Mahé* (1990), on comprend que les théories de la conception de la politique linguistique invitent la Cour suprême à reconnaître le droit de gestion et de contrôle des écoles. Même si les rédacteurs de la *Charte canadienne* le rejettent, l'intention était de donner aux minorités françaises les droits exercés par la communauté anglo-québécoise, ce qui donc inclut le droit de gestion et de contrôle. Dans le *Renvoi manitobain* de 1992, l'histoire législative n'est pas citée, mais ce *Renvoi* est le prolongement de toute la saga sur l'égalité Québec-Manitoba, entamée avec les arrêts *Blaikie*, en 1979 et 1981, l'arrêt *Forest* (1979), le *Renvoi manitobain* de 1985 et les arrêts *MacDonald* et *Bilodeau* (1986) où la stratégie est partout explicite et d'une efficacité redoutable.

La stratégie est plus diffuse dans les arrêts *Nguyen* (2009) et *Commission scolaire du Yukon* (2015). Mais *Nguyen* est la suite des arrêts *Gosselin* et *Solski* (2005), où l'histoire législative

occupe un espace dans les motifs de la Cour suprême. Et la stratégie n'avait plus à être explicitée dans la dernière affaire, Commission scolaire du Yukon, peut-on croire ; le pouvoir de la Cour n'avait à ce point-là plus besoin de se draper d'une protection. La logique émanant des théories de la conception de la politique linguistique canadienne était bien assimilée par tous les acteurs.

En se limitant à l'étude de la *Charte canadienne*, Power et ses collègues ont raté ce qui apparaît clairement avec une étude plus élargie : les tribunaux adoptent une stratégie dans les dossiers de droits linguistiques. Le plus large portrait éclaire également l'arrêt *Quebec Protestant School Boards*. Loin d'être un cas d'espèce, il s'agit d'un des meilleurs exemples de jugement fondé sur l'intention législative relative aux langues officielles au Canada. Et la stratégie mène à la symétrie.

Le feuilleton dévoile donc, d'autre part, ce qui saute pourtant aux yeux : la protection du français au Québec et hors Québec est bien un « jeu à somme nulle », contrairement à ce qu'affirment Power et ses collègues. En s'emparant de l'intention législative sur les langues officielles au Canada, même s'ils n'en étaient pas obligés et parce qu'ils avaient avantage à le faire, les juges ont activé le piège tendu par Pierre Elliott Trudeau. Le portrait plus large de la politique linguistique canadienne (qui comprend aussi des incitatifs financiers, comme le financement du leadership chez les minorités officielles et le Programme de contestation judiciaire) permet de mieux comprendre les mécanismes entourant l'un de ses instruments, la *Charte canadienne*. Ils ont manifestement échappé à l'analyse de Power. Globalement, un gain pour le français à l'extérieur du Québec s'est révélé être un recul pour le français au Québec, et vice versa.

Les progrès des droits de l'anglais au Québec avec les arrêts *Blaikie* en 1979 et 1981 et *Sinclair* en 1992 se sont par la suite transformés en gain pour la langue française au Manitoba avec l'arrêt *Forest* (1979) et les renvois manitobains de 1985 et 1992. Personne ne dira le contraire. D'Iberville Fortier, commissaire fédéral aux langues officielles, le souligne : « Paradoxalement, certains jugements qui se sont avérés désavantageux pour la *Charte de la langue française* [au Québec] au cours des dernières années ont, du moins en principe,

favorisé le développement ou la renaissance des droits du français hors Québec. » (traduction libre)⁴⁹¹

Sur le droit à l’instruction dans la langue de la minorité, l’énonciation dans le *Renvoi ontarien* de 1984 de principes en apparence applicables symétriquement partout au Canada (comme le droit de gestion et de contrôle des écoles) est un premier pas important. Les minorités francophones s’en réjouissent et réclament un renvoi devant la Cour suprême du Canada afin d’accélérer la marche (voir la sous-partie I.B] ii] b)). L’idée de principes uniformes est ensuite renforcée grâce à une affaire provenant du Québec, *Quebec Protestant School Boards* (1984), non sans plaire aux associations de défense des droits des francophones minoritaires et à Jean-Robert Gauthier, le parlementaire militant des droits des Franco-Ontariens, qui imaginent des gains réciproques pour la francophonie hors Québec (voir encore la sous-partie I.B] ii] b)). Lorsque la Cour suprême réitère l’approche des principes uniformes en reconnaissant le droit de gestion et de contrôle en 1990 dans l’arrêt *Mahé*, la francophonie hors Québec fait un gain et la communauté anglo-québécoise se croit désormais détentrice d’une protection constitutionnelle pour des commissions scolaires linguistiques⁴⁹².

Notons que la communauté anglo-québécoise trouve la protection constitutionnelle pour ses commissions scolaires linguistiques dans l’arrêt *Mahé c. Alberta*, et pas ailleurs⁴⁹³. L’article 23 de la *Charte canadienne* ne prévoit pas explicitement une telle protection ; elle devient une réalité pour les anglophones minoritaires lorsque des francophones hors Québec l’obtiennent pour eux dans un jugement de la Cour suprême du Canada.

On peut banaliser l’importance de cet arrêt eu égard au Québec en disant que les Anglo-Québécois avaient déjà le contrôle de leurs écoles avant l’adoption de la *Charte canadienne*. C’est vrai. Mais la protection *constitutionnelle*, elle, pour des structures construites sur le fondement de leur identité linguistique, ils la tiennent d’une victoire des francophones

⁴⁹¹ D’Iberville FORTIER, « Les droits linguistiques canadiens en évolution », (1986) 27 *C. de D.* 227, 232.

⁴⁹² En 1990, l’administration des écoles au Québec est partagée non pas entre commissions scolaires linguistiques (francophones ou anglophones ; elles seront créées en 1998), mais entre commissions scolaires confessionnelles (catholiques ou protestantes).

⁴⁹³ Elle y trouve plus précisément un droit constitutionnel de gestion et de contrôle de ses écoles fondé sur le droit à l’instruction en anglais. La gestion et le contrôle peut s’exercer via des commissions scolaires.

minoritaires dans l'arrêt *Mahé*⁴⁹⁴. À cette occasion, un gain pour le français hors Québec est venu gruger une partie de la souveraineté de l'État québécois ; une question qui relevait jusque-là de l'Assemblée nationale devient dépendante de considérations relatives au droit de gestion et de contrôle des écoles élaborées à Ottawa par des juges. Dans l'arrêt *Mahé*, le groupe de pression anglo-québécois Alliance Québec intervient pour exiger un tel résultat au nom de la communauté anglophone du Québec.

Sur le droit pour le justiciable à des documents judiciaires dans la langue de son choix, français ou anglais, la victoire du Québec dans l'arrêt *MacDonald* est une défaite pour les minorités françaises dans l'arrêt *Bilodeau*, rendus tous les deux en 1986. Alors que Québec se voit reconnaître le droit de privilégier la langue française jusqu'à un certain point devant ses tribunaux, le Manitoba se trouve à pouvoir en faire de même, mais avec l'anglais chez lui. Encore, personne ne dira ici le contraire.

Cette victoire québécoise est toutefois écartée quelques années plus tard à l'occasion de la « seconde trilogie ». Légalement, tout pointe dans cette direction. Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (1998) et les arrêts *Beaulac* (1999) et *Arsenault-Cameron* (2000) renversent la vapeur. Le gain québécois de 1986, fondé sur une interprétation restrictive des droits linguistiques favorable à la souveraineté des provinces, est rejeté à la faveur d'un gain pour la francophonie hors Québec. Il y a lieu désormais d'interpréter largement les droits linguistiques selon cette nouvelle trilogie, à la défaveur de la souveraineté des provinces, et ce, à la satisfaction des minorités françaises. Elles obtiennent une meilleure protection du droit à un procès criminel bilingue (*Beaulac*) et le renforcement du pouvoir de leurs commissions scolaires, incarné grâce à la déférence qu'un gouvernement provincial doit avoir à l'égard de sa décision de construire ou non une nouvelle école (*Arsenault-Cameron*). Rien n'indique que le gain québécois de 1986 est à cette occasion épargné. Tout laisse croire au contraire que la progression des droits du français hors Québec est accompagnée légalement d'un recul pour la politique linguistique québécoise.

⁴⁹⁴ Les Anglo-Québécois avaient le contrôle de leurs écoles sur le fondement d'une protection constitutionnelle des écoles confessionnelles protestantes : voir l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, inapplicable au Québec depuis 1997.

On peut relativiser l'importance de cette séquence pour le Québec en disant qu'il est toujours possible d'obtenir une version anglaise d'un document judiciaire émanant des autorités québécoises, que le droit à un procès criminel bilingue est une réalité au Québec et qu'il existe des écoles de langue anglaise – contrôlés par la communauté anglo-québécoise – partout où la minorité officielle est présente. Et ce, malgré le rejet du raisonnement qui soutenait l'arrêt *MacDonald* et les considérations retrouvés dans la nouvelle trilogie⁴⁹⁵. Il reste toutefois que cette séquence représente, pour le Québec, au mieux un puissant argumentaire en faveur d'une bilinguisation plus poussée de ses institutions judiciaires en contradiction avec les objectifs globaux de sa politique linguistique, au pire un transfert de Québec vers les tribunaux de prérogatives qui relevaient autrefois uniquement de lui.

Enfin, dans les arrêts *Gosselin* (2005), *Solski* (2005) et *Nguyen* (2009), ce que Québec gagne ou ne gagne pas tout à fait s'explique par ce que la Cour suprême reconnaît ou ne reconnaît pas aux minorités officielles. Globalement, Québec se voit confirmer sa compétence d'encadrer l'accès à l'école de langue anglaise sur son territoire. Ce qu'il perd, c'est ce que le droit à la continuité d'emploi de la langue d'instruction prévu dans la *Charte canadienne* l'oblige à accepter de transferts d'enfants non anglophones vers les institutions de la communauté anglo-québécoise. Réciproquement, les écoles de langue française du reste du Canada se retrouvent avec de nouvelles possibilités d'intégration d'enfants non francophones en leur sein. La Cour suprême prend en compte le contexte québécois dans une approche symétrique.

On peut toujours faire valoir que ce gain réciproque pour les francophones minoritaires n'a aucune incidence pratique dans certaines provinces, comme en Ontario, où les commissions scolaires françaises possèdent déjà un large pouvoir discrétionnaire pour admettre des enfants non francophones au sein de leurs écoles. Mais c'est loin d'en être ainsi partout. Et on n'entendra aucune minorité officielle se plaindre de l'accroissement de leurs protections *constitutionnelles* à cet égard. Surtout qu'un mouvement plus important en ce sens leur aurait permis d'éviter l'affaire Commission scolaire du Yukon en 2015. Là, ce que le Québec a gagné dans les arrêts *Gosselin* (2005), *Solski* (2005) et *Nguyen* (2009) joue réciproquement

⁴⁹⁵ On notait plus haut que le dispositif de l'arrêt *MacDonald*, permettant à chaque acteur judiciaire d'utiliser la langue de son choix français ou anglais, prévaut souvent toujours dans les faits au Québec. La pratique semble contenter à peu près tout le monde pour le moment.

en défaveur de la francophonie hors Québec : le pouvoir d'encadrer l'accès à l'école de la minorité revient aux provinces (et aux territoires), dans les limites imposées par l'article 23 de la *Charte canadienne*.

Ce qu'il reste de mirage asymétrique dans l'arrêt *Ford* et le *Renvoi manitobain sur les droits scolaires* de 1993 ne parvient jamais à s'imposer. L'insistance de la Cour suprême au sujet du contexte proprement québécois dans l'arrêt *Solski* s'ajoute à ce constat. Le discours restera fragile dans ce qu'il a d'asymétrique tant qu'il ne se fondera pas sur l'histoire législative. La Cour suprême le quitte dès qu'elle se sent contrainte de renouer plus fidèlement avec les théories de la conception de la politique linguistique canadienne, qui l'incite à retenir une interprétation symétrique des droits linguistiques lorsque le Québec est concerné.

En résumé, contrairement à ce que peuvent soumettre Power, Bérard et ceux qui s'ajoutent au premier courant de pensée recensé, la prise en compte du contexte québécois par la Cour suprême et l'émergence de manifestations dites asymétriques dans sa jurisprudence ne sont en rien des gages de réconciliation pour la francophonie canadienne. L'asymétrie et la réconciliation sont deux choses différentes. La première n'implique pas nécessairement la seconde. Pour résoudre le problème de la division entre le Québec et les minorités françaises, la réflexion sur l'interprétation asymétrique ne doit pas être posée pour elle-même. Les acteurs doivent être mis au centre des considérations. Un portrait plus global est nécessaire. Autrement, la division se poursuit. Et les solutions qu'ils – au sein premier courant de pensée recensé, pour qui tout est réglé – trouvent au problème n'ont aucune prise dans la pratique. Les discussions se poursuivent.

Il existe quatre autres courants de pensée sur la question. Le deuxième postule comme le premier l'existence de l'interprétation asymétrique, mais admet pour sa part qu'il subsiste toujours une forme d'incertitude quant aux conditions menant à sa manifestation. Le professeur de droit Pierre Foucher est le premier contributeur de ce courant. L'ancien juge Michel Bastarache semble s'y être rallié après sa retraite de la Cour suprême du Canada en 2008.

En 2009, Bastarache écrit que l'asymétrie existe, « mais [que] son effet est souvent tempéré par d'autres considérations »⁴⁹⁶. Foucher est quant à lui d'avis qu'« 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 »⁴⁹⁷. Mais il ajoute immédiatement que le « risque d'un retour à l'égalité formelle dans l'interprétation des droits linguistiques existe toujours »⁴⁹⁸; une égalité mettant sur un même pied les minorités francophones hors Québec et la communauté anglo-québécoise.

L'incertitude révélée par Bastarache, Foucher et d'autres est peut-être ce qui explique la persistante division dans la francophonie canadienne. Si les juges sont des acteurs juridiques qui agissent dans un réseau de contraintes, il devient évident que l'ouverture qu'ils expriment à l'égard du contexte québécois n'est en rien une garantie que l'interprétation qui s'imposera en bout de piste sera asymétrique. Encore moins qu'il s'agira d'une asymétrie susceptible de travailler en faveur de la réconciliation.

Le sort de la francophonie canadienne peut peser dans la balance, mais les juges cherchent d'abord à protéger et accroître leur pouvoir. Cette dernière préoccupation exige l'adoption d'une stratégie, qui peut finalement rendre opératoires des mécanismes qui alimentent la division malgré les sensibilités exprimées au départ par les juges. En outre, pour qu'une asymétrie susceptible de réconcilier le Québec et les minorités françaises émerge, il faut que celle-ci soit conçue à cette fin. Le point de vue des acteurs doit être mis au cœur des considérations. Le deuxième courant de pensée, comme le premier, n'offre pas de solutions complètement satisfaisantes au problème de la division principalement pour cette raison. Dans les faits, l'incertitude peut être ce qui guide l'action des acteurs au point d'ébranler le postulat asymétrique des Bastarache, Foucher et autres.

Troisième courant de pensée : des observateurs concluent tout à l'opposé dans le débat symétrie-asymétrie. C'est le cas, par exemple, de la politologue Emmanuelle Richez qui, en

⁴⁹⁶ Michel BASTARACHE, « Fédéralisme asymétrique et langues officielles », dans *The McLachlin Court's First Decade : Reflections on the Past and Projections for the Future*, conférence prononcée dans le cadre de l'événement organisé à Ottawa le 19 juin 2009 par l'Association du Barreau canadien.

⁴⁹⁷ Pierre FOUCHER, « Le carré redevenu cercle ? Fédéralisme, droits linguistiques et égalité dans l'interprétation de la Constitution canadienne », dans Linda CARDINAL (dir.), *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de parole, 2008, p. 269, à la page 283.

⁴⁹⁸ *Id.*, à la page 285.

analysant la jurisprudence plus récente de la Cour suprême du Canada, démontre que l'interprétation des droits linguistiques reste symétrique. Les affaires émanant du Québec deviennent, selon la chercheuse, un prétexte pour mieux prendre en considération les intérêts des minorités officielles. En 2015, elle constate que Québec n'est plus le moteur qu'il était en matière linguistique. *Losing Relevance : Quebec and the Constitutional Politics of Language*, c'est le titre de son article.

Si c'est le cas, la thèse du professeur de droit Michael Mandel (parue en français en 1996), selon laquelle la jurisprudence de la Cour suprême sur les droits linguistiques répond au climat imposé depuis la capitale québécoise, aurait été dépassée avec le report pour un temps long de la menace d'une possible indépendance du Québec. Les souverainistes ont été chassés du pouvoir en 2003. Ils n'y sont revenus qu'une seule fois, brièvement, de 2012 à 2014, avec un gouvernement minoritaire prouvant qu'ils n'étaient plus une menace pour l'unité canadienne. D'ailleurs, le sociologue Mathieu Bock-Côté l'annonçait en quelque sorte en 2012 dans un livre intitulé *Fin de cycle*.

La thèse de Mandel donne une grande place aux acteurs juridiques. Ils joueraient un rôle central dans l'interprétation judiciaire. Richez, elle, propose d'éclairer les considérations sous-jacentes aux motifs explicites de la Cour suprême, mais sans chercher spécialement les voies de la réconciliation pour la francophonie canadienne. Et c'est ce qu'on cherche ici : une solution au problème de la division, une solution pensée en fonction du travail des différents acteurs afin d'y donner une prise sur le réel.

Quatrième courant de pensée : des observateurs relèvent que l'interprétation asymétrique ne s'est toujours pas imposée bien que des indices suggèrent sa possible émergence future. La politologue Linda Cardinal est de ce lot. Malgré les mécanismes de la politique linguistique canadienne, construits symétriquement, elle note une certaine ouverture de la part de la Cour suprême à en dépasser les termes. Cardinal ajoute toutefois que rien n'aboutira sans le travail des acteurs. Et à cet égard, les partisans de l'asymétrie ont tout pour désespérer, croit-elle. Pour faire évoluer cette question, le Québec est devenu impuissant, le fédéral est intrinsèquement hors-jeu et les minorités françaises hésitent à se ranger du côté du Québec.

Benoît Pelletier, professeur de droit, ancien ministre du Québec responsable des Affaires intergouvernementales et de la Francophonie canadienne, ajoute sa voix à celle de Cardinal.

Il constate l'ouverture de la Cour suprême. Il sait que le problème est plus largement structurel. Il appelle de ses vœux une démarche qui viserait au bout du compte à apporter un changement aux structures. Comme Cardinal, les acteurs sont au cœur de ses considérations. Et le travail doit commencer maintenant : « il faut que tous les francophones du Canada insistent sur la nécessité de mettre en place un mécanisme favorisant l'application de ce principe [l'asymétrie] et qu'ils adoptent une attitude proactive afin d'en tracer les grandes lignes »⁴⁹⁹.

Ainsi, Cardinal et Pelletier veulent voir la francophonie en marche. C'est là où il faut aller. Reste à voir comment le Québec et les francophones minoritaires peuvent agir ensemble, par eux-mêmes, sans toujours se réduire à la posture de quémandeurs auprès de la majorité anglo-canadienne. On y vient.

Le cinquième et dernier courant de pensée est incarné par les travaux du professeur de droit André Braën. Comparant les dernières affaires émanant du Québec (les arrêts *Solski* [2005] et *Nguyen* [2009]) et d'autres provenant du reste du Canada (les arrêts *Charlebois* [2005, sur l'obligation pour le procureur d'une municipalité néo-brunswickoise de plaider dans la langue choisie par la partie civile, français ou anglais] et *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique* [2013, sur le pouvoir discrétionnaire du juge britanno-colombien d'accepter des documents rédigés en français sans traduction]), Braën constate une forme d'asymétrie, mais défavorisant la francophonie canadienne. Il voit, autrement dit, que la Cour suprême n'hésite pas à intervenir au Québec à l'avantage des institutions de la minorité officielle alors qu'elle refuse d'en faire de même au Canada anglais afin de protéger la langue française.

L'observation tient lorsqu'on regarde le résultat de chacune de ces affaires. Mais une analyse des motifs confirme la thèse développée dans la présente thèse : lorsque les juges se raccrochent à la stratégie voulant que l'interprétation soit conforme à l'intention législative sur les langues officielles au Canada, trouvée grâce aux théories de la conception de la

⁴⁹⁹ Benoît PELLETIER, « L'asymétrie pour répondre aux défis de la diversité », dans Linda CARDINAL (dir.), *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de parole, 2008, p. 425, à la page 439.

politique linguistique canadienne, les droits linguistiques sont interprétés dans une logique symétrique. Voyons de plus près.

L'arrêt *Solski* est fondé sur l'histoire législative. L'arrêt *Nguyen* en est la suite. Résultat : la Cour suprême « semble ne faire preuve d'aucune retenue et encadre étroitement la compétence de l'Assemblée nationale »⁵⁰⁰. Il en va de l'intention législative sur les langues officielles au Canada.

Au même moment, le plus haut tribunal fait l'inverse au Nouveau-Brunswick et en Colombie-Britannique : il refuse de dicter la marche à suivre à ces provinces et les laisse déterminer elles-mêmes ce qui est bon pour la langue minoritaire. Mais ces résultats contraires sont motivés par le fait que le Nouveau-Brunswick et la Colombie-Britannique possèdent des histoires législatives complètement distinctes (sur les questions particulières de ces affaires) de celle qui construit la politique linguistique canadienne, déterminée pour sa part en cinq événements (1867, 1969, 1982, 1988 et 2005). C'est ce qui motive la distinction d'avec le résultat dans les affaires *Solski* et *Nguyen*.

Ce bilan confirme donc la thèse développée en l'espèce. Il ne l'infirme pas. Pour preuve : les juges minoritaires dans l'arrêt *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique* (2013) se raccrochent, eux, à l'intention législative sur les langues officielles au Canada, et ils concluent conformément à ce qui est observé dans les arrêts *Solski* et *Nguyen*. Les juges minoritaires n'auraient pas eu la déférence des majoritaires ; ils auraient voulu voir progresser les droits du français hors Québec⁵⁰¹.

Bref, le Québec et les autres provinces sont traités symétriquement en matière de droits linguistiques lorsque l'intention législative sur les langues officielles au Canada est en jeu. Autrement, là où celle-ci n'est pas retenue, chaque province peut voir son régime reconnu comme distinct de celui des autres.

Pour bien situer le propos qui vient, résumons une dernière fois les cinq courants de pensée qui coexistent simultanément dans la littérature. Les deux premiers concluent, à divers

⁵⁰⁰ André BRAËN, « L'affaire *Caron* : La Cour suprême à la recherche du compromis perdu ! », (2016) 3 *R.D.L.* 94, 95 et 96.

⁵⁰¹ L'arrêt *Charlebois* est particulier : il est complètement, selon les juges majoritaires et minoritaires, ancré en contexte néo-brunswickois.

degrés, que l'interprétation asymétrique est avérée. Mais le point de vue des acteurs leur échappe, et leurs observations n'ont en conséquence aucune prise sur la pratique. La francophonie canadienne se divise toujours. Comme c'est le problème auquel on veut s'attaquer, la présente thèse creuse la question en mettant au centre de ses considérations le point de vue des acteurs.

Les trois autres courants de pensée indiquent ce qui doit maintenant être fait. Richez et d'autres, au sein du troisième courant, observent un problème sans chercher les voies de la réconciliation. Cardinal constate avec d'autres, il s'agit du quatrième courant, que le problème peut trouver une solution à condition de faire bouger les acteurs sur la question de l'asymétrie. Enfin, dans un cinquième courant de pensée, les travaux de Braën confirment, lorsqu'on reprend la démarche pour remettre en question les motifs de chaque juge, que la thèse défendue dans la présente thèse explique la dynamique observée en matière de droits linguistiques ; l'interprétation est symétrique lorsqu'elle se rattache à l'intention législative sur les langues officielles au Canada.

Les juges sont donc stratégiques. La stratégie développée a alimenté la division dans la francophonie. Le point de vue des acteurs révèle le calcul que font le Québec et les minorités françaises, à la lumière de la jurisprudence, dans les dossiers de droits linguistiques. Comme acteurs, ne l'oublions pas, ils font partie du réseau de contraintes qui influencent les décisions prises par les juges. Le Québec et les minorités françaises peuvent alors contraindre les juges à changer de stratégie, ou du moins, en jouant les bonnes cartes, tout faire pour y arriver.

Les juges veulent protéger et accroître leur pouvoir. Ils peuvent y arriver de différentes façons. Ils ont toutefois choisi en matière de droits linguistiques de s'appuyer sur l'intention législative relative aux langues officielles lue à partir des théories de la conception de la politique linguistique canadienne. Mais tout peut changer. On y arrive après un dernier détour.

- Limites de la théorie de Troper, mais pertinence à toute épreuve de celle-ci en l'espèce

La théorie de Troper comporte des limites. Il faut les avoir en tête. Quatre critiques lui sont adressées de façon récurrente. La théorie de Troper résiste toutefois à chacune d'elles.

D'un côté, les théories réalistes du droit, auxquelles se rattache la théorie de Troper, sont souvent caricaturées en poussant à l'extrême les conséquences du postulat voulant que le juge ne soit pas un être passif découvrant le sens de la loi. Si le sens de la loi est indéterminé avant l'intervention du juge, alors la décision judiciaire peut bien, dit-on, dépendre des valeurs du juge, de ses préjugés, de ses convictions politiques ou religieuses, etc⁵⁰². Et si celui-ci est libre, alors rien n'empêche que l'élément déterminant de sa décision soit, ajoute-t-on, ce qu'il a mangé pour déjeuner.

Cette dernière proposition est dans l'air depuis un moment. La journaliste Sonya Faure l'a fait vivre récemment dans le quotidien *Libération* en relatant l'effet que pourrait avoir la fatigue sur la décision d'un juge :

Des travaux israéliens ont étudié 1000 décisions acceptant ou refusant les aménagements de peine réclamés par des condamnés. En début d'audience, ceux-ci avaient 65 % de chance en moyenne de voir leur demande acceptée. En fin d'audience, ce pourcentage tombait à zéro. Le taux remontait à 65 % après la pause déjeuner.⁵⁰³

Des corrélations auraient aussi laissé poindre, note Faure, l'existence de possibles préjugés sexuels :

En France, les juges hommes condamneraient moins sévèrement les délinquantes femmes que leurs homologues magistrats (peut-être parce qu'ils considèrent les femmes comme des êtres plus vulnérables ou qu'ils estiment que les enfants ont davantage besoin d'une mère que d'un père en liberté).⁵⁰⁴

Le contexte médiatique pourrait également entrer en jeu :

l'économiste Arnaud Philippe a croisé les condamnations aux assises et le contenu des JT [journaux télévisés] de 20 heures sur TF1 et France 2, la veille du verdict. Résultat : les peines sont aggravées de trois mois en moyenne lorsque les JT diffusent des reportages sur des faits divers. Et plus légères de 80 jours quand il s'agit de sujets sur des erreurs judiciaires...⁵⁰⁵

En poussant à l'extrême le postulat de l'indétermination de la loi, on veut lui faire dire qu'il consacre l'expulsion, hors du champ d'étude du droit, de toute analyse portant sur le rôle du

⁵⁰² Jean-Jacques SUEUR, *Une introduction à la théorie du droit*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 142.

⁵⁰³ Sonya FAURE, « Les magistrats jugent-ils en fonction de leur petit-déjeuner ? », *Libération*, 31 mai 2016, en ligne : <https://www.liberation.fr/debats/2016/05/31/les-magistrats-jugent-ils-en-fonction-de-leur-petit-dejeuner_1456400> (consulté le 23 mai 2019).

⁵⁰⁴ *Id.*

⁵⁰⁵ *Id.*

juge dans l'interprétation des lois. Car si le déjeuner du magistrat détermine sa décision, alors le droit comme discipline n'a que peu d'explications à apporter à certains mouvements dans la jurisprudence. Les théories réalistes s'en trouvent discréditées.

La proposition est dans l'air. Elle n'atteint toutefois pas la théorie de Troper, quoi qu'il en soit. La théorie de Troper ne fait pas que postuler la liberté du juge, s'exposant ainsi à la critique du déjeuner. Elle n'a donc pas à répondre aux observations relatées par Faure dans *Libération*, qui demandent encore à être validées. La théorie de Troper postule une liberté encadrée par des contraintes qui, juridiques, font appel au droit comme discipline pour des explications. Alors, passons.

D'un autre côté, certains prétendent que la théorie de Troper ne peut ouvrir d'une main la porte de la liberté du juge et la refermer immédiatement de l'autre avec les contraintes juridiques. Si le juge est libre, mais juridiquement contraint, plaide-t-on, alors il y a aussi toute une série de contraintes, qui sont d'autres natures, qui expliquent peut-être encore mieux la décision judiciaire que celles qui sont juridiques. La décision judiciaire peut facilement être le fruit de multiples contraintes de différentes natures – économiques, politiques, sociologiques, psychologiques, philosophiques, etc. –, qui rendent l'étude des contraintes juridiques relativement sans grande importance considérant le plus large portrait⁵⁰⁶.

Or, le simple fait d'admettre l'existence de contraintes juridiques, même si elles devaient partager la scène avec d'autres de différentes natures, laisse entendre que le droit comme

⁵⁰⁶ Jon ELSTER, « Droit et causalité », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 117, à la page 119 ; Bastien FRANÇOIS, « Une théorie des contraintes juridiques peut-elle n'être que juridique ? », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 169, à la page 176 ; Éric MILLARD, « Le réalisme scandinave et la Théorie des contraintes », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 143, à la page 150 ; Otto PFERSMANN, « Critique de la théorie des "contraintes juridiques" », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 123, aux pages 140-142.

discipline a quelque chose à dire au sujet du phénomène jurisprudentiel⁵⁰⁷. Troper parle par exemple des contraintes de la façon suivante :

Il [le juge] est en effet enfermé dans un réseau de contraintes, à la fois externes et internes. On entend par « contraintes » l'ensemble des données juridiques dont le juge constitutionnel doit tenir compte. Il ne s'agit ici, bien entendu, que de facteurs proprement juridiques, c'est-à-dire qui tiennent à l'organisation constitutionnelle générale, à l'exclusion par conséquent de facteurs extrajuridiques tels que le poids de l'opinion publique, les liens des juges avec les partis politiques ou leur idéologie professionnelle.⁵⁰⁸

Qu'une problématique soit traversée par des considérations appelant différentes disciplines n'empêche pas que des juristes s'y attardent. Il faut juste garder constamment à l'esprit que le problème de la division de la francophonie canadienne, parce que c'est de cela dont il s'agit en l'espèce, ne se réduit pas uniquement à sa dimension juridique.

À l'inverse, certains croient les théories réalistes trop radicales. « [L]e droit comporte certes des zones de pénombre, il y a effectivement des éléments d'indétermination qui permettent de dire que les juges disposent d'un pouvoir discrétionnaire, mais cette indétermination n'est que partielle »⁵⁰⁹. C'est la thèse que défend le philosophe du droit Herbert Hart dans l'ouvrage *Le concept de droit*. Les lois contiennent déjà suffisamment de clarté pour orienter la décision du juge. Autrement, en situation d'indétermination complète, comme le postulent les théories réalistes, à quoi peuvent bien servir les législateurs⁵¹⁰?

Trop radicales aussi, dit-on, parce qu'elles mènent à une impasse épistémologique et politique. Si les lois sont indéterminées jusqu'à ce que le juge intervienne, alors les décisions judiciaires qui prétendent en poser le sens sont nécessairement elles-mêmes, pense-t-on, indéterminées jusqu'à ce que leurs destinataires en prennent connaissance. Et l'interprétation que peuvent donner ces destinataires aux mots trouvés dans les décisions judiciaires reste en

⁵⁰⁷ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Michel TROPER, « Introduction », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 1, à la page 6.

⁵⁰⁸ Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 343.

⁵⁰⁹ Pierre BRUNET, « Le réalisme n'est-il qu'une théorie de l'interprétation ? », dans *Réalisme, interprétation, transgression*, France, Larcier, 2013, p. 6, archive ouverte pluridisciplinaire HAL, en ligne : <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00840601/document>> (consulté le 2 juillet 2018).

⁵¹⁰ Jeanne SIMARD, *L'interprétation législative au Canada : la théorie à l'épreuve de la pratique*, thèse de doctorat, Université de Montréal, Faculté de droit, 1998, p. 213.

attente de sens jusqu'à ce que la littérature juridique l'analyse à la lumière de l'ensemble de la jurisprudence, qui elle est ensuite plaidée devant le juge, qui lui est appelé à nouveau à poser le sens, et ainsi de suite. C'est la régression à l'infini⁵¹¹. C'est la fin de l'État de droit⁵¹².

Mais la critique voulant que les théories réalistes soient trop radicales peut être à son tour mise devant ses propres contradictions. Si on admet qu'il y a une part d'indétermination dans des lois qui sont néanmoins déjà suffisamment claires pour orienter la décision du juge, c'est donc qu'on a préalablement fait le tri pour déterminer quelle part appartient à l'indétermination et quelle autre relève de la certitude. Or, le fait de devoir déterminer où prend fin l'indétermination du droit et où commence la clarté n'est-il pas un aveu que la certitude était incertaine jusqu'à ce qu'on en postule la certitude⁵¹³?

Dans notre cas, notons seulement que chacune des 37 affaires soutenant la thèse défendue en l'espèce – elles indiquent si l'asymétrie de principes existe ou pas dans la jurisprudence – pouvait vraisemblablement donner lieu à 37 décisions retenant le résultat inverse. Rien n'était certain avant le prononcé. Quelle que soit la part d'indétermination dans le droit, ces 37 affaires portaient sur des questions aux réponses manifestement indéterminées. Dans les circonstances, la théorie de Troper offre un cadre d'analyse tout indiqué.

De plus, les critiques qui postulent une part de certitude dans le droit sont aussi suspectés de craindre, en bons gardiens du système, les conséquences de l'indétermination. Pour éviter la fin de l'État de droit, ils se contentent d'observer ce que le juge dit qu'il fait sans se préoccuper de ce qu'il fait vraiment. Ils voient une régression à l'infini là où il y a des limites ; des limites qui ne sont cependant pas dans le texte de la loi. « [N]ul ne conteste que des limites existent. Mais elles viennent moins des normes à appliquer que de tout un ensemble de situations de faits, règles, usages, pratiques ou encore “contraintes” dont certaines peuvent éventuellement être qualifiées de juridiques. »⁵¹⁴

⁵¹¹ Xavier MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008, p. 149.

⁵¹² Jeanne SIMARD, *L'interprétation législative au Canada : la théorie à l'épreuve de la pratique*, thèse de doctorat, Université de Montréal, Faculté de droit, 1998, p. 213.

⁵¹³ Pierre BRUNET, « Le réalisme n'est-il qu'une théorie de l'interprétation ? », dans *Réalisme, interprétation, transgression*, France, Larcier, 2013, p. 6, archive ouverte pluridisciplinaire HAL, en ligne : <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00840601/document>> (consulté le 2 juillet 2018).

⁵¹⁴ *Id.*, p. 8.

En un mot, il n'y a pas de régression à l'infini puisque la décision du juge dicte aux autres acteurs juridiques ce que dit le droit. Ceux-ci lui reconnaissent ce rôle. Ils attendent son verdict. La décision judiciaire contient donc un sens. Et ce n'est pas la fin de l'État de droit puisque le juge agit dans un réseau de contraintes. La norme existe. Seulement, elle n'est pas produite et n'existe pas là où on l'entend généralement. Tout tourne autour de la stratégie que veut bien adopter le juge. Ainsi, pour changer le droit, il ne suffit pas de modifier la loi. Pour changer le droit, il faut contraindre le juge.

Enfin, des critiques relèvent que les théories réalistes prennent un bien grand détour pour comprendre un phénomène qu'elles ont pourtant sous les yeux. Pour analyser la décision judiciaire, jugent ces critiques, pas besoin de quadriller l'espace qui unit les institutions d'un pays à la recherche de contraintes juridiques. Les réponses sont dans les textes de lois, ou du moins, comme l'écrit le philosophe du droit Ronald Dworkin dans l'ouvrage *L'empire du droit*, dans les principes du droit pris dans son ensemble.

Ainsi, la francophonie canadienne trouvera la voie de la réconciliation lorsque les tribunaux découvriront l'asymétrie dont elle a besoin dans le droit positif, si asymétrie il y a. On pourrait alors plaider que les ingrédients y sont déjà. Au point où nous en sommes, l'argument est facile à imaginer : l'arrêt *Ford* (1988) reconnaîtrait la situation unique dans laquelle se trouve le Québec au sein du Canada (en suggérant la validité d'une politique exigeant la nette prédominance du français dans l'affichage commercial considérant la fragilité de la langue du Québec) ; le *Renvoi manitobain sur les droits scolaires* (1993) confirmerait que la prise en compte du contexte québécois n'est pas pertinente uniquement dans un débat sur l'affichage à l'étape de la justification « dans le cadre d'une société libre et démocratique », mais aussi lorsqu'il est question du droit à l'instruction dans la langue de la minorité à l'étape de l'interprétation de l'article 23 de la *Charte canadienne* lui-même (c'est le passage voulant qu'il puisse « bien être nécessaire d'adopter des méthodes d'interprétation différentes dans divers ressorts ») ; et l'arrêt *Solski* (2005) consacrerait cette lecture en ne déclarant pas la loi 101 inconstitutionnelle et en admettant qu'il faille « tenir compte des disparités très réelles qui existent entre la situation de la communauté linguistique minoritaire du Québec et celle des communautés linguistiques minoritaires des territoires et des autres provinces ».

À ce compte, l'arrêt *Ford*, le *Renvoi manitobain sur les droits scolaires* et l'arrêt *Solski* n'auraient pas vu apparaître un mirage. Ils seraient d'authentiques manifestations de l'asymétrie, mais tardant à donner les fruits dont elle est capable. Des affaires plus récentes, comme le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6* de 2014, où la reconnaissance des « valeurs sociales distinctes du Québec » est au cœur des motifs de la Cour suprême, pourraient contribuer à les faire mûrir⁵¹⁵.

Ce faisant, dans les dossiers portant sur le droit à l'instruction dans la langue de la minorité, il faudrait presser ces arrêts pour favoriser une lecture de la jurisprudence qui cherche à voir émerger une asymétrie susceptible de réconcilier la francophonie. Plutôt que de constituer des occasions ratées qui démontrent que l'interprétation symétrique est indépassable, il s'agirait de les présenter comme un mouvement de fond qui cherche à faire naître l'asymétrie dont a besoin la francophonie.

À cet argument, on pourrait ajouter que la clause d'adhésion prévue dans la *Loi constitutionnelle de 1982* – qui suspend pour le Québec seulement un sous-paragraphe de l'article 23 de la *Charte canadienne* – exprime le fait que le constituant juge qu'il faut moins protéger l'anglais que le français au Canada et donc qu'il faut protéger davantage le français au Québec *et* hors Québec (avec un droit à l'instruction dans la langue de la minorité applicable moins largement au Québec et plus largement hors Québec).

On pourrait aussi faire valoir que la politique linguistique canadienne n'a de sens – si on fait ressortir les nobles objectifs de protections linguistiques qui peuvent l'animer – que si elle favorise simultanément le français hors Québec et la loi 101 au Québec. Autrement, faut-il insister, l'égalité dont il est question perdrait de son sérieux pour n'être qu'une abstraction⁵¹⁶.

⁵¹⁵ *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, par. 49. Parlant de ce dernier renvoi sur les « valeurs sociales distinctes du Québec » et du *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, qui lui reconnaît une sorte de droit de veto au Québec sur les modifications touchant à la nature et au rôle fondamentaux de la Chambre haute, Antoine Robitaille, alors éditorialiste au *Devoir*, écrit qu'ils pourraient constituer un « «mini-Meech» à retardement » : Antoine ROBITAILLE, « Mini-Meech », *Le Devoir*, 26 avril 2014, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/editoriaux/406608/renvoisurles>> (consulté le 30 juin 2020).

⁵¹⁶ Des auteurs remarquent que l'égalité des langues officielles n'a réellement de sens que si elle est pensée sur le plan de l'ensemble du Canada, avec une francophonie (Québec et minorités françaises compris) conçue comme principale minorité nationale du Canada : Joseph Eliot MAGNET, « Equality between Linguistic Communities in Canada », dans André BRAËN, Pierre FOUCHER et Yves LE BOUTHILLIER (dir.), *Langues, constitutionnalisme et minorités*, Markham, LexisNexis, 2006, p. 259, aux pages 266 et 267 ; Benoît PELLETIER, « Les rapports de force entre les majorités et les minorités de langue officielle au Canada »,

À l'article 16(3) de la *Charte canadienne*, il est prévu que « [l]a présente charte ne limite pas le pouvoir du Parlement [fédéral] et des législatures [provinciales] de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais ». Le projet canadien, voulant que le pays soit bilingue, pourrait bien avoir besoin du Québec et des minorités françaises, travaillant ensemble, pour conserver sa pertinence⁵¹⁷.

En outre, dans les dossiers portant sur l'obligation de bilinguisme législatif et judiciaire, il faudrait faire valoir qu'un principe du droit canadien pris dans son ensemble, en l'occurrence le principe du fédéralisme, exige une lecture asymétrique des droits linguistiques. L'idée est que le Canada a pris une forme fédérale notamment pour que soit maintenu un espace permettant au Québec de poursuivre son expérience originale au sein du pays. La Cour suprême l'a reconnu dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* de 1998⁵¹⁸. Au Canada, insisterait-on, le fédéralisme ne se limiterait pas au partage de compétences entre deux ordres de gouvernement. Il teinterait plus généralement l'interprétation de toute la Constitution canadienne. Il faudrait plaider que le principe du fédéralisme justifie une lecture minimaliste de l'article 133 de la L.C. 1867 en territoire québécois, sans que son volet exigeant le bilinguisme fédéral soit diminué. Pourquoi ? Parce que le pouvoir fédéral ne trouve aucune justification juridique à vouloir défendre le caractère anglophone du Canada. De plus,

(1994) 24 *R.D.U.S.* 255, 274 et 282 ; Alan RIDDELL, « À la recherche du temps perdu : la Cour suprême et l'interprétation des droits linguistiques constitutionnels dans les années 80 », (1988) 29 *C. de D.* 829, 855 ; Joseph Yvon THÉRIAULT, « Culture politique canadienne et asymétrie linguistique », (2006) 31 *S.C.L.R.* (2d) 249, 251 et 252. C'est dire que seule l'asymétrie peut mener à l'égalité : Pierre FOUCHER, « L'interprétation des droits linguistiques constitutionnels par la Cour suprême du Canada », (1987) 19 *Ottawa L. Rev.* 381, 397 ; Jacques MAURAS, « Equality maintenance, globalization: Lessons from Canada », dans Humphrey TONKIN and Timothy REAGAN (dir.), *Language in the Twenty-First Century*, Philadelphie, John Benjamins, 2003, p. 87, aux pages 87 et 88 ; Christian MICHAUD, « L'asymétrie – Une question de traitement différent pour atteindre l'égalité réelle », *La Clef, Bulletin de la Conférence des juristes d'expression française de common law, Cba.org*, juillet 2012, p. 3, en ligne : <<http://www.cba.org/cba/newsletters-sections/pdf/2012-08-fsm-michaud.pdf>> (consulté le 22 octobre 2012) ; Pierre NOREAU, « Constitutionnalisme et communautés linguistiques : une synthèse possible pour un avenir incertain », dans André BRAËN, Pierre FOUCHER et Yves LE BOUTHILLIER (dir.), *Langues, constitutionnalisme et minorités*, Markham, LexisNexis, 2006, p. 705, aux pages 718-720 ; Pierre PATENAUDE, « Les droits linguistiques au Canada : de l'intolérance à l'utopie », (1992) 41 *U.N.B.L.J.* 159, 164.

⁵¹⁷ Voir à cet effet les pages 22 à 27 de Éric Poirier, « Fondements théoriques de la *Charte de la langue française* : perspectives québécoise et canadienne » dans Guillaume ROUSSEAU et Éric POIRIER, avec la collaboration de François COTÉ et Nicolas PROULX, *Le droit linguistique au Québec*, Montréal, LexisNexis, 2017.

⁵¹⁸ Le professeur de droit Guillaume Rousseau a défendu une telle position dans une conférence intitulée « Le Québec : entre unilinguisme officiel et bilinguisme législatif » prononcée lors du Congrès de l'Association indienne des professeurs de français, qui s'est déroulé à l'Université de Madras en Inde du 14 au 16 février 2019.

l'obligation qui le concerne est particulière du fait que sa politique s'applique au Québec et aux minorités françaises⁵¹⁹.

Fait à noter : cette voie dworkinienne est celle qui a été privilégiée pour la loi 101. Dans l'ouvrage *La Charte de la langue française : ce qu'il reste de la loi 101 quarante ans après son adoption*, paru à l'automne 2016, on affirme en conclusion qu'une action conçue à partir de ce que les juges disent qu'ils font peut être susceptible d'inverser la tendance qu'ont les tribunaux supérieurs à donner une interprétation restrictive des dispositions de la loi 101. Pour que les juges passent à l'interprétation large, deux propositions s'y retrouvent : que le législateur québécois adopte un programme législatif faisant entrer dans le droit un principe de protection du français au Québec ; que les avocats, notamment ceux du procureur général du Québec, présentent la loi 101 comme manifestation des principes du droit pris dans son ensemble pertinents en matière linguistique⁵²⁰. Alors ?

Alors le meilleur moyen pour provoquer un changement de paradigme pour ce qui est du cas de la loi 101 peut ne pas être le meilleur pour favoriser la réconciliation de la francophonie canadienne. Les contextes ne sont pas interchangeables.

Les propositions retrouvées en conclusion dans *Ce qu'il reste de la loi 101 quarante ans après son adoption* découlent d'un travail qui se veut une incursion dans les profondeurs de la conception que se fait le juge de la loi 101. On le constate : le juge n'admet jamais sa liberté et martèle que l'interprétation qui s'impose est celle qui se raccroche aux principes du droit pris dans son ensemble. Le meilleur moyen pour voir la loi 101 changer de paradigme devient donc de donner au pouvoir judiciaire ce qu'il réclame. Le juge se dit lié par des principes du droit pris dans son ensemble et c'est ce qui explique l'interprétation restrictive ? Suggérons en conséquence au législateur québécois de tout mettre en œuvre pour voir apparaître un principe formel de protection du français au Québec et insistons pour que les

⁵¹⁹ L'argumentation peut aussi empruntée à des éléments retrouvés dans une doctrine de l'interprétation « différenciée et équilibrée » des droits linguistiques : François CÔTÉ et Guillaume ROUSSEAU, *Restaurer le français langue officielle : Fondements théoriques, politiques et juridiques pour une primauté du français langue du droit*, Montréal, Institut de recherche sur le Québec, 2019, p. 100 à 109.

⁵²⁰ C'est-à-dire la liberté linguistique, la liberté contractuelle, la liberté d'expression, le droit de gérance, le droit à un procès juste, l'intérêt supérieur de l'enfant. Voir aussi les pages 19 à 22 de Éric Poirier, « Fondements théoriques de la *Charte de la langue française* : perspectives québécoise et canadienne » dans Guillaume ROUSSEAU et Éric POIRIER, avec la collaboration de François COTÉ et Nicolas PROULX, *Le droit linguistique au Québec*, Montréal, LexisNexis, 2017.

avocats présentent la loi 101 comme prolongement des principes du droit pris dans son ensemble pertinents lorsque celle-ci est en jeu.

Surtout, la voie dworkinienne est plus facile à tracer pour la loi 101 que pour favoriser la réconciliation de la francophonie canadienne. Les litiges portant sur l'interprétation de la loi 101 (donc ne portant pas sur sa constitutionnalité, et qui conduisent le juge à exprimer un effort d'interprétation d'une de ses dispositions), analysés dans *Ce qu'il reste de la loi 101 quarante ans après son adoption*, mettent en scène très peu d'acteurs. On y retrouve le plus souvent un juge seul et deux parties qui présentent une lecture opposée de la loi 101. Le nombre de variables à contrôler est relativement limité. Rapidement, à la lecture des décisions, on comprend ce qui motive le juge à trancher en faveur d'une interprétation large ou restrictive de la loi 101. Les enjeux sont relativement restreints et on peut facilement voir que les décisions auraient pu être différentes si un nombre d'éléments – inexistant au moment du litige ou qui n'ont pas été considérés – avaient existé ou avaient été présentés.

De plus, les propositions retrouvées dans *Ce qu'il reste de la loi 101 quarante ans après son adoption* n'ont, lorsqu'elles sont écrites, alors jamais été explorées au Québec. Depuis l'adoption de la loi 101 en 1977, jamais un auteur n'avait tenté de donner une explication d'ensemble (en analysant systématiquement un échantillon de décisions) au sort que les tribunaux supérieurs lui réservent dans les litiges portant sur son interprétation. L'état d'esprit qui s'y retrouve est donc le suivant : les juges indiquent ce qu'il manque pour voir triompher une interprétation large de la loi 101, alors donnons-leur. La thèse défendue dans cet ouvrage a ensuite notamment alimenté la réflexion de commentateurs et de diverses associations intéressés par la question de l'interprétation de la *Charte de la langue française*⁵²¹. Nous ne tentons pas d'en faire l'éloge ; nous tentons d'expliquer ce que l'approche dworkinienne peut avoir de pertinent pour la loi 101 considérant le contexte de la parution de l'ouvrage. Le débat symétrie-asymétrie en matière de droits linguistiques n'est pas dans le même état.

⁵²¹ Robert DUTRISAC, « Institutionnaliser le bilinguisme », *Le Devoir*, 11 mars 2017, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/editoriaux/493734/institutionnaliser-le-bilinguisme>> (consulté le 9 juillet 2020) ; Éric BOUCHARD et cosignataires, « Le droit de travailler en français au Québec menacé », *Le Devoir*, 21 mars 2017, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/idees/494417/le-droit-de-travailler-en-francais-au-quebec-menace>> (consulté le 9 juillet 2020).

Les litiges mettant à l'épreuve la solidarité dans la francophonie canadienne ont, pour leur part, toujours des dimensions interpellant tout le Canada. Les acteurs qui entrent en scène sont le plus souvent très nombreux. Lorsqu'ils atteignent la Cour suprême, ces litiges, après un historique judiciaire parfois long déjà d'une décennie, on retrouve jusqu'à neuf juges, deux parties présentant une lecture opposée des droits linguistiques, les avocats des procureurs généraux du Canada et des provinces et de multiples intervenants défendant des intérêts divers. Les variables à contrôler sont plus difficiles à cerner. Par exemple, la décision qui est finalement publiée est le fruit non seulement de multiples considérations, mais aussi d'une négociation entre neuf juges tentant de trouver un terrain d'entente. Bien malin est celui qui peut prétendre avoir trouvé le mot qu'il faut changer dans le texte de la Constitution ou l'argument qu'il faut plaider pour que l'asymétrie susceptible de favoriser la réconciliation de la francophonie canadienne émerge parmi tous les autres enjeux en cause. La thèse de Dworkin peut parfois être difficile à appliquer dans une logique prospective.

Il y a aussi le fait qu'une stratégie fondée sur une approche positiviste classique a déjà à peu près été tentée devant les tribunaux dans les affaires qui mettent à mal la solidarité que pourrait avoir le Québec et les francophones minoritaires, mais sans résultats. L'asymétrie dont a besoin la francophonie n'est toujours pas une réalité.

Dans l'arrêt *Beaulac* (1999), le procureur général du Québec intervient pour donner à la Cour suprême des arguments qui lui auraient permis de faire avancer les droits du français hors Québec tout en épargnant une partie de la souveraineté du Québec sur la question de la langue des tribunaux. Le plus haut tribunal refuse alors de saisir l'occasion (voir la sous-partie II.A] ii] a]).

Dans l'arrêt *Solski* (2005), le procureur général du Québec plaide qu'il y a lieu de prendre en considération le contexte québécois dès l'étape de l'interprétation de l'article 23 de la *Charte canadienne*, avant le débat sur la justification « dans le cadre d'une société libre et démocratique » (le cas échéant). L'argument pouvait servir à créer, à partir du droit à l'instruction dans la langue de la minorité, des principes distincts applicables au Québec et hors Québec ; une situation susceptible de permettre l'émergence d'une asymétrie servant la réconciliation de la francophonie canadienne. Or, six associations de défense des droits des francophones minoritaires interviennent contre Québec de peur qu'une telle prise en compte

du contexte québécois à cette étape ne se retourne ensuite contre les minorités francophones et serve plutôt les provinces anglaises présumées comme voulant voir leurs contextes particuliers les excuser de la lenteur des progrès du français chez elles. Dans l'arrêt *Solski*, la Cour suprême ne cherche finalement pas l'asymétrie. Elle ne saisit pas l'occasion. Elle décide de prendre en compte le contexte québécois dans une approche symétrique ; en calculant, dans une affaire provenant du Québec, quelles seront les retombées pour les francophones hors Québec (voir la sous-partie II.A] ii] b]).

Et lues ensemble, les affaires *Solski* et *Nguyen* (2009) voient huit associations de défense des droits des francophones minoritaires intervenir contre la position du Québec. Plusieurs plaidaient toutefois pour que la loi 101 soit épargnée d'une déclaration d'inconstitutionnalité à l'étape de la justification « dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Québec souhaitait une prise en compte du contexte dès la première étape, lors de l'interprétation de l'article 23 lui-même, et non à la seconde étape, comme le préconisaient plusieurs de ces huit associations. Du point de vue du Québec, ce n'était pas l'idéal cette position des huit associations. Mais si la Cour suprême l'avait entérinée, Québec aurait néanmoins fait un gain. Or, dans l'arrêt *Solski*, le plus haut tribunal rejette la possibilité que la loi 101 puisse ainsi être épargnée ; il retient une interprétation atténuante de celle-ci et refuse de considérer qu'elle puisse pleinement se justifier « dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Et dans l'arrêt *Nguyen*, il déclare son inconstitutionnalité. La porte de l'asymétrie est fermée (voir les sous-parties II.A] ii] b] et II.B] i] b]).

Il ne faut pas non plus négliger que tout le monde s'accommode présentement un peu de la symétrie, chacun de leur point de vue égoïste. Les minorités françaises souhaitent pouvoir symétriquement recueillir ce que les Anglo-Québécois ont déjà acquis au fil du temps. Les Anglo-Québécois sont heureux de pouvoir réciproquement compter sur la progression des droits des minorités françaises pour ne pas perdre ce qu'ils ont, ou même faire des gains. Les provinces anglaises confondent la justice constitutionnelle avec l'égalité des provinces et le Québec fonde sa politique linguistique sur l'autonomie provinciale ; ces intérêts combinés favorisent la symétrie. Le fédéral se réserve quant à lui le beau rôle en s'occupant de défendre les minorités officielles avec des droits qui ne peuvent qu'être égaux ; la Cour suprême du pays fait le même calcul pour elle-même.

Conséquemment, l'asymétrie viendrait briser cet ordre des choses. Pour les minorités françaises, le coût d'une nouvelle solidarité avec le Québec serait l'abandon de l'alliance qu'elles tissent avec les Anglo-Québécois ; ces derniers représentent pourtant l'étalon de la progression des droits du français hors Québec. L'asymétrie étant perçue comme défavorisant l'anglais au Québec, la communauté anglo-québécoise l'assimilerait à une politique du deux poids deux mesures et les provinces anglaises y verraient un accroc à l'égalité des provinces. Le fédéral se retrouverait à devoir défendre une politique accordant plus de protections pour le français et moins pour l'anglais. L'asymétrie pourrait même créer un ressac au Canada anglais au détriment des droits du français, qui sait ? Difficile de voir quel avantage verrait la Cour suprême du pays à aller dans cette direction. Et Québec se retrouverait isolé dans cette entreprise.

C'est tellement vrai que les acteurs de la francophonie minoritaire font encore le pari de la division sur des enjeux qui devraient pourtant à première vue permettre des rapprochements, ou du moins ouvrir des espaces de non-agression avec le Québec. On l'observe dans l'actuelle contestation de la décision du gouvernement du Québec de transférer deux écoles du réseau scolaire anglophone de Montréal vers le réseau scolaire francophone, l'affaire *English Montreal School Board*.

Certes, la Cour suprême élabore des principes symétriques, ce qui favorise la division de la francophonie canadienne. Mais la mise en œuvre de ces principes se fait dans des contextes partout différents étant donné la réalité fédérale du Canada et considérant la situation linguistique et culturelle nord-américaine, ce qui peut *a priori* créer des points de convergence dans des litiges ne mettant pas en cause l'élaboration de ces principes. On aurait pu penser que le contexte québécois, par exemple, où l'accès à l'école de langue anglaise est garanti pour tous les Anglo-Québécois (dans le cadre d'un réseau développé, géré par la communauté et implanté sur un continent où la langue et la culture anglaises sont dominantes), permettrait au gouvernement du Québec d'exercer sa compétence exclusive sur l'éducation en transférant deux écoles d'un réseau à un autre sans que les francophones minoritaires se sentent réciproquement menacés dans leur autonomie institutionnelle.

Même la Cour supérieure du Québec semble l'affirmer. La Commission scolaire English-Montreal conteste cette décision gouvernementale, et le jugement rejetant la demande de

suspension (en attendant qu'un tribunal se penche sur le fond de l'affaire⁵²²) le soulève en *obiter* : les arrêts *Mahé* (1990) et *Arsenault-Cameron* (2000) élaborent des principes applicables partout, mais ceux-ci pourraient ne pas être enfreints en contexte québécois⁵²³. On peut penser qu'une province anglophone pourrait bien souvent ne pas pouvoir aussi facilement manœuvrer dans un contexte de réelle fragilité de la minorité officielle. La Cour supérieure s'exprime ainsi :

Le Tribunal retient néanmoins que le recours présente des difficultés. On comprend en effet que les pouvoirs de contrôle et de gestion afférents à la protection des droits accordés par l'article 23 de la Charte [canadienne] visent à assurer son objet premier : *maintenir les deux langues officielles du Canada ainsi que les cultures qu'elles représentent et à favoriser l'épanouissement de chacune...*¹⁶ Or, dans la mesure où l'objet premier de cette protection ne serait pas enfreint par l'effet des décrets [qui transfèrent les deux écoles du réseau anglophone vers le réseau francophone], les accrocs aux pouvoirs accessoires, le cas échéant, ne devraient raisonnablement pas donner ouverture à invalider des décisions discrétionnaires prises dans l'intérêt public. (italiques dans l'original ; soulignement ajouté ; référence omise)⁵²⁴

Pourtant, les francophones minoritaires ne prennent pas de risque. Deux associations, à savoir l'Assemblée de la francophonie de l'Ontario et la Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick, ont indiqué soutenir la Commission scolaire English-Montreal dans son combat⁵²⁵. Ces joueurs de la francophonie minoritaire croient que l'intérêt de leurs

⁵²² L'affaire est toujours pendante en date du 29 juin 2020.

⁵²³ Il est intéressant de noter que l'un des procureurs de la Commission scolaire English-Montreal dans cette nouvelle affaire est Mark Power, que l'on connaît pour son travail aux côtés des minorités françaises. Dans sa plaidoirie, il utilise *Mahé* et *Arsenault-Cameron*, des affaires portées par la francophonie minoritaire, pour défendre les droits des Anglo-Québécois. La symétrie est partout. Il a été malheureusement impossible de consulter le dossier, pour prendre connaissance de tous les arguments présentés par la Commission scolaire English-Montreal, lors d'une visite au Palais de justice de Montréal le 23 septembre 2019. Le dossier était retenu pour une période indéterminée par le juge devant éventuellement entendre le fond de l'affaire. Une professeure comprend le calcul de Mark Power : « Stéphanie Chouinard, politologue au Collège militaire royal de Kingston et à l'Université Queen's, estime que la commission scolaire anglophone de Montréal a de bonnes bases juridiques pour aller devant les tribunaux. "À mon avis, la jurisprudence est assez forte sur la nécessité de consulter les minorités linguistiques avant de prendre des décisions", dit la spécialiste des causes touchant les droits linguistiques au Canada. [...] Que ce soit en Alberta, au Manitoba, au Nouveau-Brunswick ou en Nouvelle-Écosse, la Cour suprême a été claire : ce sont les commissions scolaires des minorités qui prennent les décisions concernant leurs écoles. La jurisprudence est tellement forte que la Nouvelle-Écosse a aboli ses commissions scolaires, mais a décidé de maintenir celle qui gère les écoles francophones, souligne Stéphanie Chouinard. » (Marco FORTIER, « La CSEM s'adresse aux tribunaux », *Le Devoir*, 11 septembre 2019, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/societe/education/562306/transfert-d-ecoles-la-csem-s-adresse-aux-tribunaux>> [consulté le 29 juin 2020]).

⁵²⁴ *English Montreal School Board c. Québec (procureur général)*, 2019 QCCS 2682, par. 40. La décision n'a fait l'objet d'aucun appel.

⁵²⁵ Améli PINEDA, « La CSEM échoue à bloquer le transfert de deux écoles vers le réseau francophone », *Le Devoir*, 9 juillet 2019, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/societe/education/558277/transfert-d-ecole-la>>

communautés se trouve d'abord dans la symétrie, et, ici, dans la défense de la plus totale déférence que doivent avoir les gouvernementaux provinciaux devant les choix faits par les minorités officielles dans le cadre de la gestion de leurs écoles⁵²⁶. Visiblement, la théorie de Ronald Dworkin n'offre pas le meilleur éclairage pour dénouer l'impasse devant laquelle se trouve la francophonie canadienne dans l'état actuel du droit. La solution n'est pas dans les textes de loi ou dans les principes du droit pris dans son ensemble.

Bref, plusieurs éléments indiquent que la voie dworkinienne n'est pas la bonne en l'espèce.

Premièrement, comparativement au phénomène analysé dans *Ce qu'il reste de la loi 101 quarante ans après son adoption*, les litiges qui mettent à l'épreuve la solidarité dans la francophonie sont complexes et rendent difficile toute tentative de cerner avec précision le point de droit à être plaidé afin de faire pencher à l'avenir la jurisprudence en faveur de l'asymétrie dont a besoin la francophonie. Car c'est de cela qu'il s'agit : de tous les principes du droit pris dans son ensemble, convaincre les tribunaux qu'il en existe un au soutien de l'asymétrie en matière de droits linguistiques et que c'est précisément celui-là qui doit triompher. La thèse de Dworkin convient mal ici à une opération prospective.

Deuxièmement, le Québec et les minorités françaises ont déjà plaidé en vain des éléments qui auraient pu favoriser la naissance de quelque chose comme une asymétrie de principes. On ne souhaite pas réinventer la roue ici. Dans le cas de la loi 101, à l'inverse, la voie dworkinienne est suggérée dans le contexte d'un territoire largement inexploré : personne

csem-echoue-a-bloquer-le-transfert-de-deux-ecoles#> (consulté le 4 septembre 2019) ; Catherine LÉVESQUE et LA PRESSE CANADIENNE, « La Commission scolaire English-Montreal conteste devant les tribunaux le transfert de deux écoles », *Le Devoir*, 3 juillet 2019, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/societe/education/557890/commission-scolaire-english-montreal>> (consulté le 20 août 2019).

⁵²⁶ Cette alliance s'est manifestée dans la foulée du dévoilement d'une entente unissant l'Assemblée de la francophonie de l'Ontario, la Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick et le Quebec Community Groups Network. L'entente, signée à Ottawa le 2 juillet 2019, liant ses signataires pour une période d'une année, a pour objectif premier d'unir les minorités officielles de l'Ontario, du Nouveau-Brunswick et du Québec dans leur lutte commune pour le respect des droits linguistiques et la protection de leurs institutions. Elle vise aussi à favoriser l'émergence des langues officielles comme thème de l'élection fédérale de l'automne 2019. L'entente est constituée de cinq « attendus » qui décrivent un environnement symétrique. Le deuxième « attendu » prévoit ceci : « Attendu que les communautés en situation minoritaire de langues officielles seront plus fortes en étant solidaires dans la défense de leurs droits linguistiques, tant au niveau fédéral que provincial ». Le cinquième renchérit : « Attendu que les partis reconnaissent l'égalité du français et de l'anglais comme langues officielles et l'existence de groupes linguistiques minoritaires francophones et anglophones au Canada ».

n'avait encore tenté d'enligner la règle du français préconisée dans la loi 101 avec un principe du droit pris dans son ensemble.

Troisièmement, il y a les acteurs. On peut proposer de nouveaux arguments à mettre de l'avant, mais la symétrie arrange égoïstement, selon toute vraisemblance, le plus grand nombre ; même la Cour suprême. Donc rien pour faire naître l'espoir. Pour la problématique de la loi 101, il n'y a pas d'enjeux comparables. Devant un juge, si une des parties plaide la voie dworkinienne suggérée dans *Ce qu'il reste de la loi 101 quarante ans après son adoption*, il y a par définition une chance qu'elle l'emporte. Il n'y a pas tous ces acteurs et considérations diverses qui s'entrechoquent.

Quatrièmement, la voie dworkinienne est dans le cas de la loi 101 une réponse aux motifs des juges qui disent retenir une interprétation conforme aux principes du droit pris dans son ensemble. Dans *Ce qu'il reste de la loi 101 quarante ans après son adoption*, on propose donc de prendre la vague. On dit en substance : d'accord, alors voici. Dans les litiges mettant à l'épreuve la solidarité dans la francophonie, ce scénario ne se présente pas. Les tribunaux ne disent pas qu'ils cherchent à se conformer aux principes du droit pris dans son ensemble. Ils fondent plutôt leur interprétation sur l'intention législative relative aux langues officielles au Canada. On ne peut donc pas proposer de prendre la vague puisque cette dernière mène à l'interprétation symétrique : l'intention législative sur les langues officielles, lue conformément aux théories de la conception de la politique linguistique canadienne, pointe toujours dans cette direction. Pour la réconciliation de la francophonie, il n'y a pas de vague à prendre. Il y a plutôt une vague à casser.

b) Une application en contexte canadien des modèles construits autour de la théorie des contraintes juridiques

Malgré les intérêts égoïstes de chacun, le Québec et les minorités françaises ont plus globalement intérêt à s'unir, on l'a vu. À une autre époque (lors de conférences prononcées en 1917 et 1918), l'historien Lionel Groulx voyait grand :

la réalité, c'est que nous sommes actuellement dans la *Puissance du Canada* deux millions de Canadiens français. Nous avons un imprenable pied-à-terre dans la province de Québec ; nous occupons un territoire qui a l'unité géographique, nous avons toutes les richesses du sol, toutes les voies de communication, tous les débouchés vers la mer, toutes les ressources qui assurent la force et l'indépendance

d'une nation. Nous pouvons, si nous le voulons, si nous développons toutes les puissances de notre race et de notre sol, devenir assez forts pour prêter une assistance vigoureuse à tous nos frères dispersés.⁵²⁷

Après les divisions, certains croient que le contexte politique actuel est propice à un rapprochement. C'est le cas du sociologue Joseph-Yvon Thériault, qui s'est prononcé à quelques reprises sur le sujet dans les médias depuis l'élection de François Legault en octobre 2018.

« Si l'affirmation nationale du Québec ne passe pas par l'indépendance, questionne-t-il, peut-elle passer par d'autres moyens d'affirmation politique, dont la défense de la francophonie au Canada ? »⁵²⁸ Thériault est d'avis que Québec a tout intérêt à reprendre le flambeau de la défense de la principale minorité du Canada, qu'il constitue en grande partie. « Le Québec, dit-il, devient [ainsi] plus fort parce qu'il devient le porte-parole de la francophonie »⁵²⁹. Au lieu de représenter une province sur dix, ajoute-t-il, Québec redevient de cette façon le représentant d'une nation fondatrice du Canada⁵³⁰.

D'autres chercheurs sont du même avis. Puisque les minorités françaises rappellent au Québec sa relative fragilité et sa condition de minoritaire au Canada, les actions qu'il peut mener aux côtés des minorités françaises sont des actions qui le ramènent au rôle particulier qu'il doit jouer en Amérique. Son statut distinct s'y rattache⁵³¹. L'intérêt du Québec pour un rapprochement se trouve aussi dans l'espace de diffusion de la culture française qui peut ainsi s'accroître, dans le rôle d'intermédiaires que peuvent jouer les francophones minoritaires pour « rendre audibles au Canada anglais » des projets québécois, et dans ce que cette relation

⁵²⁷ Lionel GROULX, *La confédération canadienne*, conférences prononcées à l'Université Laval de Montréal en 1917 et 1918, reproduction intégrale de l'œuvre originale, Stanké, 1978 (réédition), p. 243.

⁵²⁸ Frédéric DUPRÉ, « Entrevue avec Joseph-Yvon Thériault : Le réveil du Québec pour la francophonie canadienne », *Francopresse*, 24 décembre 2018, en ligne : <https://www.francopresse.ca/2018/12/24/entrevue-avec-joseph-yvon-theriault-le-reveil-du-quebec-pour-la-francophonie-canadienne/?fbclid=IwAR1KR_3R_pl3eZkhLbqbv-PA85XKRZY2I20rie_TSkekTFxoMd913GEv4Fw> (consulté le 29 mai 2019).

⁵²⁹ *Id.*

⁵³⁰ Réjean BOURDEAU, « Un nouveau cycle autonomiste s'ouvre pour le Québec », *La Presse Plus*, 3 mars 2019, en ligne : <http://plus.lapresse.ca/screens/13236549-17f9-4151-9a8b-6c12adb79ff1__7C__0.html> (consulté le 29 mai 2019).

⁵³¹ Jean-François LANIEL et Kateri LÉTOURNEAU, « Québec et francophonie canadienne hors Québec, avons-nous encore quelque chose à nous dire », (printemps-été 2010) 12-2 *Argument*, en ligne : <http://www.revueargument.ca/article/2010-03-03/49-quebec-et-francophonie-canadienne-hors-quebec-avons-nous-encore-quelque-chose-a-nous-dire.html?fbclid=IwAR370UVvuos_WYJmq0R2sKJypXz5EZRw89ARs9KBlErKx5D1nHJgclbfo88> (consulté le 29 mai 2019).

renouvelée peut permettre de « réconciliation du Québec avec la trame mémorielle du Canada français, avec une partie de lui-même, autrement dit »⁵³².

Pour les francophones hors Québec, la main tendue de l'État québécois peut être la façon de prendre de la hauteur par rapport à la tentation canadienne de la mosaïque multiculturelle et de reprendre leur place parmi les peuples fondateurs du pays. Thériault le croit⁵³³. D'autres aussi⁵³⁴. Dit autrement : « C'est en favorisant un réarrimage avec la société québécoise que les francophones hors Québec pourront réarticuler une ambition nationale substantielle avec des ressorts politique, institutionnel, culturel et identitaire conséquents. »⁵³⁵

Comment ce rapprochement peut-il s'articuler et avec quels objectifs ? Thériault voit concrètement le rôle du Québec dans la suite de ce qu'a défendu Benoît Pelletier du temps où il était ministre responsable des Affaires intergouvernementales et de la Francophonie canadienne dans le gouvernement de Jean Charest. Ainsi, le gouvernement québécois pourrait se faire le promoteur auprès des provinces anglaises d'actions visant les francophones minoritaires ; signer des ententes dans lesquelles Québec s'engagerait à appuyer financièrement des initiatives favorables à la langue française mises sur pied au Canada anglais. Thériault soutient que la position du Québec auprès des provinces anglaises pourrait être la suivante : « si vous faites cela, nous on va participer aussi »⁵³⁶.

⁵³² François-Olivier DORAIS et Jean-François LANIEL, « Éléments de réflexion pour une repolitisation du Canada français », (février 2019) *L'Action nationale* 41, 52.

⁵³³ Frédéric DUPRÉ, « Entrevue avec Joseph-Yvon Thériault : Le réveil du Québec pour la francophonie canadienne », *Francopresse*, 24 décembre 2018, en ligne : <https://www.francopresse.ca/2018/12/24/entrevue-avec-joseph-yvon-theriault-le-reveil-du-quebec-pour-la-francophonie-canadienne/?fbclid=IwAR1KR_3R_pl3eZkhLbqbv-PA85XKRZY2I20rie_TSkekTFxoMd913GEv4Fw> (consulté le 29 mai 2019).

⁵³⁴ Jean-François LANIEL et Kateri LÉTOURNEAU, « Québec et francophonie canadienne hors Québec, avons-nous encore quelque chose à nous dire », (printemps-été 2010) 12-2 *Argument*, en ligne : <http://www.revueargument.ca/article/2010-03-03/49-quebec-et-francophonie-canadienne-hors-quebec-avons-nous-encore-quelque-chose-a-nous-dire.html?fbclid=IwAR370UVvuos_WYJmq0R2sKJypXz5EZRw89ARs9KBIErKx5D1nHJgclbfo88> (consulté le 29 mai 2019).

⁵³⁵ François-Olivier DORAIS et Jean-François LANIEL, « Éléments de réflexion pour une repolitisation du Canada français », (février 2019) *L'Action nationale* 41, 52.

⁵³⁶ Frédéric DUPRÉ, « Entrevue avec Joseph-Yvon Thériault : Le réveil du Québec pour la francophonie canadienne », *Francopresse*, 24 décembre 2018, en ligne : <https://www.francopresse.ca/2018/12/24/entrevue-avec-joseph-yvon-theriault-le-reveil-du-quebec-pour-la-francophonie-canadienne/?fbclid=IwAR1KR_3R_pl3eZkhLbqbv-PA85XKRZY2I20rie_TSkekTFxoMd913GEv4Fw> (consulté le 29 mai 2019).

En fouillant un peu, les idées en ce sens ne manquent pas. Plusieurs projets existent déjà. On pourrait accroître les échanges culturels entre les communautés francophones et le Québec grâce à l'organisation de festivals de musique, de cinéma et de théâtre, de salons du livre et de manifestations en tout genre⁵³⁷. Les universités françaises du Québec pourraient ouvrir leurs portes aux étudiants francophones du Canada en traitant ceux-ci comme s'ils étaient Québécois, et non étrangers avec ce que cela implique eu égard aux droits de scolarité. Des ponts pourraient être jetés de façon à ce que ces étudiants puissent facilement faire la transition entre le système scolaire de leur province d'origine et celui du Québec. On pourrait aussi évidemment étendre ces différentes initiatives aux Franco-Américains, qu'il ne faut jamais oublier. David Vermette fait œuvre utile avec la publication en 2018 du livre *A Distinct Alien Race : The Untold Story of Franco-Americans*.

En outre, l'appui financier du Québec pourrait aller directement aux organismes de la francophonie minoritaire plutôt que de s'y rendre via les gouvernements des autres provinces. Faciliter cette façon de faire pourrait même rapprocher davantage les acteurs. L'initiative pourrait aussi épouser plus largement tous les domaines où le Québec a une expertise à apporter : communication, éducation, petite enfance, jeunesse, immigration (francisation et intégration), justice, économie, technologie (web), santé, tourisme, environnement, etc. Rien n'empêche évidemment que l'appui financier touche des projets déjà existants financés par le gouvernement fédéral canadien.

Le rapprochement pourrait être chapeauté par un organisme québécois permanent et dédié à la question de la francophonie canadienne, un peu comme le défunt Service du Canada français d'outre-frontière, qui œuvrait en 1961 au sein du ministère des Affaires culturelles du Québec⁵³⁸. L'idée est qu'il y ait une structure qui permette « aux Québécois et aux autres francophones de communiquer de façon plus officielle cette solidarité »⁵³⁹. Il y a peut-être

⁵³⁷ Charles-Philippe COURTOIS, « Des liens entre le Québec et l'Amérique française : 45 ans après les États généraux, est-ce possible ? », dans Jean-François LANIEL et Joseph Yvon THÉRIAULT (dir.), *Retour sur les États généraux du Canada français : continuités et ruptures d'un projet national*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2016, p. 345, aux pages 368 et 369.

⁵³⁸ Jacques-Yvan MORIN, « Les états généraux du Canada français ou du Québec ? », dans Jean-François LANIEL et Joseph Yvon THÉRIAULT (dir.), *Retour sur les États généraux du Canada français : continuités et ruptures d'un projet national*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2016, p.15, à la page 30.

⁵³⁹ Charles-Philippe COURTOIS, « Des liens entre le Québec et l'Amérique française : 45 ans après les États généraux, est-ce possible ? », dans Jean-François LANIEL et Joseph Yvon THÉRIAULT (dir.), *Retour sur les*

lieu de repenser ce qui existe déjà comme organisme à cet égard afin de donner un peu plus d'envergure à la démarche.

Un rapprochement entre le Québec et les minorités françaises est aussi pour certains l'occasion de réfléchir à une francophonie politique. Réagissant à l'impact des coupes du gouvernement ontarien de Doug Ford sur la francophonie en Ontario, Martin Meunier, professeur au département de sociologie et d'anthropologie de l'Université d'Ottawa, soumet ceci : « Il faut consolider notre force de frappe, un rapport de pouvoir qui va pouvoir affirmer sa place dans l'espace canadien et empêcher que des gens comme Doug Ford puissent annihiler ce qui est très fragile. »⁵⁴⁰ Meunier voit grand : « Il va peut-être falloir se doter de quelque chose d'établi, comme d'une assemblée à la grandeur du Canada, pour avoir un rapport de force qui pourrait peser de tout son poids. Il faut être imaginatif ! »⁵⁴¹

L'idée soulevée par Meunier a déjà été sommairement développée dans les pages de la revue *L'Action nationale* en 1990. Des auteurs y discutent de la possibilité de créer un « espace politique » pour la francophonie canadienne, avec des élections et un « système de représentation »⁵⁴². On imagine alors la formation d'une liste électorale, qui pourrait vouloir inclure les francophones minoritaires du Canada et les Franco-Américains, avec des partis politiques transcendants les frontières provinciales et étatiques. L'espace politique en question ne dépendrait donc pas de la structure constitutionnelle du Canada et de son avenir ; il marquerait l'antériorité de la présence française en Amérique et son étendue géographique.

D'autres idées en ce sens sont développées ici et là. On pourrait trouver une façon d'établir une doctrine devant servir à orienter la conduite des députés fédéraux du Québec et des représentants de circonscriptions francophones du Canada lorsque certains enjeux touchant la francophonie canadienne sont débattus à Ottawa. On pourrait aussi faire une place pour la

États généraux du Canada français : continuités et ruptures d'un projet national, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2016, p. 345, à la page 364.

⁵⁴⁰ S.A. « L'heure du rapprochement pour le Québec et la francophonie canadienne », *Onfr+*, 31 janvier 2019, en ligne : <https://onfr.tfo.org/lheure-du-rapprochement-pour-le-quebec-et-la-francophonie-canadienne/?fbclid=IwAR3JdmDZndAH9ELhIdVSYK0Jb9ronJkbt0d2o_jQ8xGvTRdhJNwHGMVOQQ> (consulté le 29 mai 2019).

⁵⁴¹ *Id.*

⁵⁴² Aurèle THÉRIAULT et Philippe FALARDEAU, « Pour un espace francophone : obsèques du réflexe minoritaire », (décembre 1990) *L'Action nationale* 1451, 1457.

francophonie minoritaire au sein du réseau des représentations du Québec à l'étranger et au sein de la délégation québécoise auprès de l'Organisation internationale de la francophonie.

En somme, l'objectif est de ressouder les liens unissant le Québec et les francophones minoritaires afin de voir une francophonie canadienne solidaire aussi sur le plan constitutionnel. Il s'agit de passer par le culturel pour arriver au politique. Le gouvernement du Québec y a déjà pensé⁵⁴³.

Datant de 2006, la politique gouvernementale portée par Benoît Pelletier évoque l'importance d'œuvrer pour « une solidarité renouvelée entre tous les francophones du pays » dans les litiges linguistiques⁵⁴⁴. Intitulée *L'avenir en français : politique du Québec en matière de francophonie canadienne*, la politique voit d'un bon œil le développement d'une approche contextuelle dans l'interprétation des droits linguistiques devant la Cour suprême du pays. L'arrêt *Solski* est, parmi d'autres, invoqué en bas de page⁵⁴⁵. Québec croit donc, en 2006, qu'un rapprochement avec les minorités françaises doit comprendre une solution au problème de la division de la francophonie canadienne devant la Cour suprême. La politique annonce qu'on y travaillera.

En 2017, cette position gouvernementale est réitérée dans la politique publiée sous le titre *Québécois : notre façon d'être Canadiens*. Elle laisse en revanche entendre que rien n'a changé en une décennie. Encore, comme les tribunaux « tien[nent] compte du rôle distinctif du Québec », et ce, « dans une certaine mesure », le gouvernement québécois annonce qu'il entend « être proactif afin de trouver une voie de passage pour réconcilier [l]es points de vue »⁵⁴⁶. Cette voie qui se pointait à l'horizon en 2006 doit donc toujours être trouvée en 2017. Le problème de la division entre le Québec et les minorités françaises devant la Cour

⁵⁴³ Formellement, la première politique québécoise sur la francophonie canadienne date de 1995. Elle porte le titre suivant : *Un dialogue, une solidarité agissante. Politique du Québec à l'égard des communautés francophones et acadiennes du Canada*. Louise Beaudoin, ministre déléguée aux Affaires intergouvernementales canadiennes, en fait l'annonce le 30 mars 1995.

⁵⁴⁴ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *L'avenir en français. Politique du Québec en matière de francophonie canadienne*, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes du ministère du Conseil exécutif, 2006, p. 12.

⁵⁴⁵ *Id.*, p. 13.

⁵⁴⁶ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Québécois : notre façon d'être Canadiens. Politique d'affirmation du Québec et de relations canadiennes*, Québec, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, 2017, p. 89.

suprême n'a pas été solutionné. Le surplace exprime probablement les limites de l'approche tentée jusqu'à présent.

Dans un excellent article intitulé *Éléments de réflexion pour une repolitisation du Canada français*, publié dans *L'Action nationale*, l'historien François-Olivier Dorais et le sociologue Jean-François Laniel explorent différentes approches que peut adopter la francophonie canadienne pour voir sa solidarité prendre forme dans des projets concrets. La « formule Bourassa » invite le Québec et les minorités françaises – constituant la minorité nationale dans un pays bilingue et biculturel – à présenter d'une seule voix leurs revendications à la majorité anglo-canadienne. La « formule Angers » fait agir la francophonie grâce à un réseau de partage comprenant les institutions et associations des francophones hors Québec et les organismes de l'État québécois. Enfin, la « formule Pelletier », illustrée plus haut, donne au Québec le rôle de préparer avec les autres provinces des actions au bénéfice des minorités françaises.

Et dans le rétroviseur de Dorais et Laniel, il y a toujours l'ambition de mettre fin au problème de la division de la francophonie canadienne au sujet des droits linguistiques : « L'union des francophones du Canada, sous le signe d'un projet collectif et national vivifié, ne peut que raffermir la légitimité d'une exigence d'asymétrie dont on peut espérer qu'elle trouvera une traduction concrète dans une modernisation de la loi sur les langues officielles »⁵⁴⁷. L'idée de parvenir à amender la Constitution canadienne dans ce sens n'est également pas bien loin.

Quelle est la voie la plus prometteuse pour y arriver ? Après les formules Bourassa, Angers et Pelletier, qui sont utiles, qui méritent d'être renouvelées, mais qui ont aussi démontré leurs limites, peut-être y a-t-il lieu d'en concevoir une quatrième, qui appelle le Québec et les francophones minoritaires à forcer le jeu. Cette fois, ce sont les travaux de Michel Troper qui indiquent la voie à suivre.

Il n'est pas question de plaquer sur les contextes québécois et canadien une théorie qui n'aurait qu'une prétention douteuse à y trouver utilement application. Dans l'ouvrage *Comment décident les juges*, dirigé par Michel Troper, il est démontré que « le mode de raisonnement et de décisions des juristes [...] n'est pas lié à un moment historique ou un pays

⁵⁴⁷ François-Olivier DORAIS et Jean-François LANIEL, « Éléments de réflexion pour une repolitisation du Canada français », (février 2019) *L'Action nationale* 41, 51.

déterminé »⁵⁴⁸. Ces conclusions sont le fruit d'une expérience de simulation du processus décisionnel d'un tribunal de haute instance, qui mettait en scène des juges provenant d'Allemagne, de Belgique, d'Espagne, de France et d'Italie ayant accepté de rédiger en collégialité une décision comme ils le feraient normalement dans leur pays. Leur travail simulé conduit Troper à relever l'existence « d'une culture juridique commune » aux « démocraties libérales »⁵⁴⁹. Il observe « des techniques analogues » dans la motivation judiciaire qu'il impute à la présence dans plusieurs pays occidentaux d'une institution centralisée qui s'occupe du contrôle de constitutionnalité des lois⁵⁵⁰.

Si la théorie de Troper est considérée comme « dominante » en France⁵⁵¹, son influence au Québec et plus largement dans la francophonie est également évidente⁵⁵². Son principal objet d'étude, à savoir le rôle du juge⁵⁵³, confirme la pertinence de l'appliquer aux contextes québécois et canadien en matière de droits linguistiques. Au Québec et au Canada, en cette matière, le travail du juge est absolument fondamental. Toute la présente thèse démontre que la théorie de Troper offre une explication des considérations qui ont amené les juges à mettre en œuvre le piège conçu par Pierre Elliott Trudeau. La même théorie implique maintenant que tout peut changer.

Rappelons ses postulats. La théorie de Troper relève d'une part que le juge dispose de la liberté la plus totale pour rendre la décision de son choix. Celui-ci n'est pas lié par les textes de loi. Mais d'autre part, cette théorie souligne que le comportement du juge est « prévisible et causalement déterminé » en raison de contraintes juridiques qu'il doit prendre en considération⁵⁵⁴. Il y a contrainte « lorsque des normes ont placé un individu ou un organe

⁵⁴⁸ Michel TROPER, « Avant-propos », dans Michel TROPER (dir.), *Comment décident les juges. La constitution, les collectivités locales et l'éducation*, Paris, Economica, 2008, p. v, à la page v.

⁵⁴⁹ Michel TROPER, « Introduction », dans Michel TROPER (dir.), *Comment décident les juges. La constitution, les collectivités locales et l'éducation*, Paris, Economica, 2008, p. 1, à la page 2.

⁵⁵⁰ *Id.*

⁵⁵¹ Gustavo JUST, *Interpréter les théories de l'interprétation*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 147 ; Xavier MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008, p. 127 ; Alexandre VIALA, *L'essentiel de la philosophie du droit*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2017, p. 80.

⁵⁵² Guillaume ROUSSEAU, « Theories of Interpretation and Interpretations of the Charter of the French Language: Quebec Language Policy between Legislative Intent and Judicial Activism », présentation lors de la quinzième Conférence internationale de l'Académie internationale de droit linguistique sur le droit et la langue, Université de Zhejiang, Hangzhou, Chine, communication, mai 2017, p. 6.

⁵⁵³ Xavier MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008, p. 139 ; Alexandre VIALA, *L'essentiel de la philosophie du droit*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2017, p. 80.

⁵⁵⁴ Alexandre VIALA, *L'essentiel de la philosophie du droit*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2017, p. 86.

dans une situation telle qu'il lui faut se comporter d'une certaine manière pour agir de façon raisonnable et efficace »⁵⁵⁵.

Lors du délibéré, le juge se demande quelle interprétation les autres acteurs donnent à la règle de droit qu'il s'apprête à appliquer. Il se demande aussi quelle position les autres acteurs prétendent occuper dans le système et comment ceux-ci pourraient réagir dans l'éventualité où il retiendrait telle ou telle interprétation de la règle de droit en question. À la fin, le juge fait le choix qui lui permet le mieux de protéger son pouvoir et de l'accroître. Toutes ces considérations sont des faits⁵⁵⁶. La théorie des contraintes juridiques cible ces faits et les analyse afin d'expliquer pourquoi telle décision judiciaire a été prise à tel moment. Un peu comme un observateur qui voudrait expliquer pourquoi un joueur d'échecs a déplacé telle pièce à tel endroit sur l'échiquier à un moment précis d'une partie.

Troper nous dit que la contrainte juridique ne peut être identifiée qu'*a posteriori*⁵⁵⁷. Plusieurs auteurs le notent. Officiellement, selon la théorie des contraintes juridiques, ce n'est qu'après coup, « en reconstruisant le réel »⁵⁵⁸, qu'il est possible de comprendre « pourquoi certains événements se sont produits »⁵⁵⁹. « L'objet de la théorie des contraintes n'est donc pas de prévoir le comportement futur des acteurs d'un système déterminé. »⁵⁶⁰

Pourtant, nombreux sont aussi les auteurs qui font le pas que Troper n'a peut-être pas osé faire. L'un d'eux n'hésite pas à utiliser cette théorie pour aller plus loin et situer ainsi ses réflexions « en amont, au moment du choix, lorsque l'acteur soupèse et hésite, c'est-à-dire lorsque les contraintes n'ont pas encore joué »⁵⁶¹. Un autre prétend qu'« il est possible

⁵⁵⁵ Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 95.

⁵⁵⁶ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Michel TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 11, à la page 12.

⁵⁵⁷ Michel TROPER, « Argumentation et explication », (2011) 54 *Droits* 3, 26 ; Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Michel TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 11, à la page 14.

⁵⁵⁸ Julien BOUDON, « La "théorie" des contraintes juridiques à l'épreuve américaine », (2012) 55 *Droits* 103, 111.

⁵⁵⁹ Éric MILLARD, « Les contraintes, entre ressources stratégiques et théorie de la régularité », (2012) 55 *Droits* 23, 27.

⁵⁶⁰ Brice CROTTET, « Une tentative de reformulation de la théorie des contraintes : application à la question de la fragmentation du droit international », (2012) 7 *Jus Politicum* 1, 2.

⁵⁶¹ Julien BOUDON, « La "théorie" des contraintes juridiques à l'épreuve américaine », (2012) 55 *Droits* 103, 111.

d'extrapoler cette théorie de manière à fournir un modèle permettant d'anticiper un certain nombre de solutions futures »⁵⁶². Puis il plonge.

Une autre, dans une thèse de doctorat intitulé *Le discours de l'avocat devant la Cour de cassation*, se permet « d'imaginer des solutions permettant aux parties, par l'intermédiaire de leurs avocats, de limiter les possibilités pour la Cour de cassation de s'émanciper de ce cadre [celui prédéfini par le pourvoi] »⁵⁶³. Elle décrit sa contribution de la façon suivante : « Dans ces développements prospectifs, nous abandonnons notre posture descriptive, pour recommander (à l'image de la dogmatique doctrinale) des solutions qui n'existent pas, nous faisons des "propositions subjectives de normes" »⁵⁶⁴.

Si on souligne que des auteurs font le pas que Troper n'a peut-être pas osé faire, en marquant bien le « peut-être », c'est parce que le philosophe du droit a construit une théorie qui comprend tous les éléments permettant d'aller plus loin. Il lance même l'invitation en indiquant par exemple que le juge « a une "propension" à défendre [et à] sauvegarder sa propre sphère de compétence "en fournissant des justifications institutionnellement acceptables de ses choix" »⁵⁶⁵. Une fois la stratégie du juge dévoilée, il devient possible de prédire son comportement, et même d'intervenir pour l'influencer ou le réorienter, non ? On peut le penser : « La dimension stratégique de la méthode proposée offre ainsi un outil d'analyse, non plus seulement du comportement passé des acteurs, mais également de leurs décisions ou justifications futures. »⁵⁶⁶

Éric Millard, professeur de droit à l'Université Paris Nanterre, pose la formule – en deux temps – qui peut nous servir de guide pour la suite⁵⁶⁷.

⁵⁶² Brice CROTTET, « Une tentative de reformulation de la théorie des contraintes : application à la question de la fragmentation du droit international », (2012) 7 *Jus Politicum* 1, 2.

⁵⁶³ Cathie-Sophie PINAT, *Le discours de l'avocat devant la Cour de cassation. Étude de théorie du droit*, thèse de doctorat, Université de Montpellier, 2015, p. 313.

⁵⁶⁴ *Id.*

⁵⁶⁵ Brice CROTTET, « Une tentative de reformulation de la théorie des contraintes : application à la question de la fragmentation du droit international », (2012) 7 *Jus Politicum* 1, 7.

⁵⁶⁶ *Id.*, 12.

⁵⁶⁷ La formule est bonifiée à partir des travaux du juriste Brice Crottet ; voir *id.*, 12 et suiv.

Il suggère d'abord d'analyser « la situation juridique effective »⁵⁶⁸, ce qui est exactement ce qui a été fait tout au long de la présente thèse.

Dans les faits, le juge procède à une analyse qui s'apparente à une analyse de coûts, pensés non pas en termes économiques, mais en termes de ce qu'il peut gagner ou perdre de pouvoir institutionnel. Avec sa décision, il cherche à obtenir le maximum de ce qui lui importe le plus et de l'obtenir au plus faible coût. Le coût est dicté par les contraintes juridiques. Plus les contraintes pointant en faveur de la décision X sont lourdes, plus le coût à payer est élevé pour le juge qui voudrait rendre la décision Y. Un coût élevé peut être, par exemple, de ne pas savoir convaincre certains acteurs clés de la justesse de la décision, et de risquer ainsi qu'elle soit remise en question (ou même que le rôle institutionnel du tribunal soit remis en cause) par ceux dont on ne peut que difficilement se passer de l'adhésion⁵⁶⁹. Payer un coût élevé peut parfois valoir la peine. Le juge peut vouloir payer cher pour obtenir ce qu'il veut : protéger et accroître son pouvoir. Mais, présumé être doté d'une rationalité particulière, celui-ci cherche à obtenir le maximum au plus faible coût⁵⁷⁰.

Sur les droits linguistiques, on l'a vu, les tribunaux sont tombés sur une aubaine. Ils n'avaient qu'à saisir l'intention législative sur les langues officielles au Canada à l'aide d'une stratégie éprouvée pour réussir à la fois à protéger et à accroître leur pouvoir. À très peu de frais, ils ont obtenu ce qui leur importe le plus. Mais la conséquence a été de diviser le Québec et les minorités françaises avec une interprétation symétrique des droits linguistiques. Pour voir émerger l'asymétrie dont a besoin la francophonie canadienne pour se réconcilier, il faut réussir à augmenter le coût de la symétrie (en ajoutant des contraintes poussant vers l'asymétrie), de sorte qu'il y ait un prix élevé à payer pour le juge qui voudrait retenir une interprétation symétrique des droits linguistiques.

⁵⁶⁸ Éric MILLARD, « Le réalisme scandinave et la Théorie des contraintes », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 143, à la page 154.

⁵⁶⁹ Voir généralement à cet effet l'analyse que fait Gustavo Just de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme validant la loi française qui interdit le port du voile intégral dans l'espace public : Gustavo JUST, « Interpretative Choices and Objectivity-Oriented Legal Discourse : A Strategic Analysis of the ECtHR Ruling on the French Face Veil Ban », (2016) 29 *Int. J. Semiot Law* 577.

⁵⁷⁰ Il peut, par exemple, feindre se ranger derrière les arguments d'un acteur juridique incontournable tout en faisant subtilement glisser la jurisprudence dans une autre direction. Voir par exemple Anne FOUBERT, « Les contraintes pesant sur le juge. L'exemple du droit du don », (2011) 54 *Droits* 95, 103.

Dans un deuxième temps, pour Millard, après l'analyse de « la situation juridique effective » vient « la proposition de réformes concrètes ». Le but est de « parvenir à resserrer les choix possibles et à prévoir avec la probabilité la plus forte, sur la base de l'affirmation de certaines fins données, les comportements non pas permis ou interdits, mais réels et futurs »⁵⁷¹.

Sur les droits linguistiques, le changement dans la jurisprudence se fera en trois phases, le cas échéant. 1) Avec l'augmentation du poids des contraintes en faveur de l'asymétrie, les juges 2) constateront l'augmentation du coût d'une décision retenant une interprétation symétrique, ce qui poussera ceux-ci 3) à retenir une interprétation asymétrique. Les juges laisseront alors de côté l'intention législative sur les langues officielles au profit d'une nouvelle stratégie faisant émerger une asymétrie susceptible de réconcilier la francophonie canadienne, un résultat jugé plus à même d'atteindre l'objectif de défense et d'accroissement du pouvoir judiciaire. On peut penser que l'intention législative sur les langues officielles puisse faire place au principe d'égalité des langues officielles dans l'ensemble canadien, avec en arrière-plan une francophonie unie.

Nous y voilà donc enfin. Sur les droits linguistiques, tout peut changer. Le Québec et les francophones minoritaires disposent de lieux de pouvoirs pouvant être mis à profit : un État fédéré (constitué des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire), des municipalités, des hôpitaux, des structures scolaires, la capacité de peser de l'intérieur sur les décisions prises par le cabinet fédéral ou de contrôler l'opposition officielle à la Chambre des communes. Qu'est-ce qui pourrait être fait afin de contraindre les juges à changer de stratégie de façon à voir émerger une asymétrie susceptible de réconcilier la francophonie canadienne ?

La première contrainte qui peut être créée exige une concertation des acteurs juridiques de la francophonie canadienne, c'est-à-dire le procureur général du Québec et les avocats représentant les institutions de la francophonie minoritaire qui interviennent devant la Cour suprême du Canada. Il s'agit de regrouper ces acteurs, de trouver des points de convergence là où il y a présentement divergence, et d'élaborer un plan voulant qu'ensemble ils interviennent avec une position commune dans chaque litige où ces points de convergence

⁵⁷¹ Éric MILLARD, « Le réalisme scandinave et la Théorie des contraintes », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 143, à la page 154.

sont en jeu. C'est un peu ce qui était suggéré dans une lettre ouverte intitulée *Sortir du piège de l'article 23* publiée dès janvier 2015 dans les pages du *Devoir*⁵⁷².

La contrainte : grâce aux acteurs juridiques de la francophonie canadienne qui interviennent systématiquement en faveur d'une interprétation asymétrique, faire apparaître la position contraire, exprimée par la Cour suprême, comme une opposition systémique aux revendications de la principale minorité nationale du Canada. Le coût de la symétrie se verrait ainsi augmenté⁵⁷³.

Mais la Cour suprême, voulant éviter de contredire la position commune de la francophonie canadienne en raison du coût important rattaché à une décision allant dans une telle direction (le coût étant la crainte d'une institution contrôlée par la majorité anglo-canadienne d'apparaître institutionnellement réfractaire à la position de la principale minorité nationale du Canada), ne se retrouverait-elle pas ainsi à renoncer à une partie de sa liberté décisionnelle et donc à une partie de son pouvoir ? N'est-ce pas contraire au comportement rationnel qu'on attribue aux juges ?

⁵⁷² Guillaume ROUSSEAU et Éric POIRIER, « Sortir du piège de l'article 23 », *Le Devoir*, 28 janvier 2015, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/idees/430094/sortir-du-piege-de-l-article-23>> (consulté le 4 juin 2019).

⁵⁷³ Un parallèle peut être dressé avec une période, allant de 1960 à 1975, relatée par la professeure Andrée Lajoie. Durant cette période, que Lajoie nomme « fédéralisme dialogique », la Cour suprême du Canada se met à être favorable à la position défendue par le procureur général du Québec dans les 2/3 des affaires portant sur le partage des compétences. Lajoie affirme qu'il s'agit d'une réponse de la Cour au consensus qui règne chez les acteurs qui se partagent le pouvoir à Québec de 1966 à 1976 (le gouvernement unioniste de Daniel Johnson père, puis le premier gouvernement libéral de Robert Bourassa) relativement aux besoins vitaux de l'État québécois, un consensus qui se construit pour repousser le souverainisme dans les marges. Devant l'intransigeance d'Ottawa à tout compromis avec les revendications québécoises, Lajoie est d'avis que la Cour suprême a pu décider de protéger l'État canadien contre lui-même, et procéder de son propre chef au compromis qu'elle croyait nécessaire pour la continuité du Canada. La professeure écrit : « en présence d'une constitution rigide sur ce plan [très complexe à modifier, même avant le rapatriement de 1982], appuyée sur une absence de volonté politique de changement de la part de la majorité fédérale canadienne, il n'est pas étonnant que la Cour ait, consciemment ou non, tenté un ajustement et jeté du lest » (Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs : Le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 41). Maintenant, une position commune partagée par le Québec et les francophones minoritaires, présentée devant des institutions fédérales mises sur la défensive, pourrait déclencher des réflexes semblables à la période décrite par Lajoie. On peut du moins l'affirmer à notre tour. Lajoie ajoute : « Quand la voie politique est doublement bloquée, par un mode d'amendement formel inaccessible et par l'absence de volonté politique d'une majorité de prendre en compte les aspirations d'une minorité qui dispose d'un rapport de forces utile, mais non dominant, la voie judiciaire prendrait le relais, en procédant par interprétation aux ajustements constitutionnels nécessaires » (Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs : Le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 52).

À cet égard, on peut se référer à l'analyse que fait Arnaud Le Pillouer, professeur de droit à Paris Nanterre, de la jurisprudence de la cour constitutionnelle indienne qui jadis a accepté qu'un type de lois soit à l'abri du contrôle judiciaire. *A priori*, note-t-il, cette position peut « paraître difficile à expliquer : comment comprendre en effet, qu'un acteur renonce à s'octroyer un avantage aussi décisif sur les autres autorités ? »⁵⁷⁴ L'explication qui est donnée est que certaines lois sont « dotées d'une légitimité si forte que les juges constitutionnels hésitent à les contrôler » et que la prudence les anime dans les cas où « l'une des justifications les plus puissantes de leur propre pouvoir » est en cause. L'auteur écrit :

dans nos démocraties, la légitimité de la cour constitutionnelle tient à ce qu'elle n'apparaît pas comme un opposant politique à la majorité issue des élections, mais comme une sorte de tiers impartial. Or ce rôle n'est crédible que si son opposition aux réformes souhaitées par ladite majorité se présente comme étant purement technique – et en tout cas non idéologique.⁵⁷⁵

On ne tente pas ici un parallèle entre cette analyse et la réaction que la Cour suprême pourrait avoir face à l'intervention systématique d'une francophonie canadienne unie. Il n'y a pas de parallèle direct à faire. On tente plutôt d'illustrer un propos. Mais l'idée d'une première contrainte juridique susceptible d'amener les tribunaux à créer une asymétrie de principes s'y trouve en partie : qu'une position commune, unanime, publicisée, médiatisée et répétée, défendue par la principale minorité nationale du Canada puisse faire apparaître la position contraire comme une opposition idéologique, voire politique, de la part d'une institution judiciaire qui devrait pourtant s'en tenir à la règle de droit. Le coût rattaché à l'interprétation symétrique augmenterait pour la première fois depuis le premier événement construisant l'intention législative sur les langues officielles en 1867.

Le plan élaboré par les acteurs juridiques de la francophonie canadienne pourrait être accompagné de mesures assurant que les différentes parties tiennent la ligne ; mesures pouvant être comparées à des clauses pénales ajoutées à un contrat. Le plan pourrait même être directement activé en y ajoutant des directives relatives à des gestes devant être posés immédiatement par le Québec afin de provoquer la judiciarisation de questions qui appellent la convergence de la francophonie canadienne.

⁵⁷⁴ Arnaud LE PILLOUER, « Les contraintes d'un paradoxe : les lois constitutionnelles inconstitutionnelles. Réflexions à partir du cas indien », (2012) 55 *Droits* 113, 118.

⁵⁷⁵ *Id.*

Pour lier le gouvernement du Québec, le plan pourrait exiger que la loi 101 soit modifiée de façon à y inscrire que son chapitre sur la langue des institutions politiques (le chapitre 3 du titre 1 de la loi 101) et celui sur la langue d'enseignement (le chapitre 8 du titre 1) constituent le prolongement asymétrique de l'article 133 de la L.C. 1867 et de l'article 23 de la *Charte canadienne*, respectivement. Inscrite dans la loi 101, il deviendrait hasardeux pour le procureur général du Québec de renier l'asymétrie codifiée par une loi québécoise pour plaider le contraire devant la Cour suprême. Le Québec, son gouvernement, son Assemblée nationale seraient engagés en faveur d'une position commune pour la francophonie canadienne.

Pour lier les francophones minoritaires, le plan pourrait prévoir la suspension des aides financières provenant du Québec qui soutiennent des initiatives favorables au français dans une province d'une institution de la francophonie hors Québec qui n'aurait pas respecté la ligne prévue dans le plan. Cela suppose que l'objectif de ressouder les liens unissant le Québec et les francophones minoritaires ait d'abord un volet culturel avant d'aboutir à la question constitutionnelle, comme on l'a vu plus haut. D'autres sanctions pourraient être conçues en ce sens en fonction de la profondeur des rapprochements dans la francophonie canadienne.

Enfin, pour que le plan soit activé dès la publication, Québec pourrait s'engager, par exemple, à revenir à l'approche qu'il préconisait en matière d'accès à l'école de langue anglaise avant que la Cour suprême n'impose une interprétation atténuante de la loi 101 dans l'arrêt *Solski* (2005). Il pourrait également vouloir modifier la loi 101 de façon à y inscrire à nouveau les dispositions déclarées inconstitutionnelles dans l'arrêt *Nguyen* (2009)⁵⁷⁶. Provoquant ainsi

⁵⁷⁶ Depuis ce jugement, la loi 101 a été modifiée et le gouvernement québécois a adopté en 2010 le *Règlement sur les critères et la pondération applicables pour la prise en compte de l'enseignement en anglais dans un établissement d'enseignement privé non agréé aux fins de subventions*. Entre ces changements et l'an 2015, 70 enfants par année ont en moyenne réussi à passer d'une école de langue anglaise privée non subventionnée du Québec (que peuvent choisir tous les parents qui ont les moyens d'y inscrire leurs enfants, car non sujette à l'encadrement prévu dans la loi 101) à une école publique ou privée subventionnée du réseau anglophone (en principe réservée aux membres de la communauté anglo-québécoise) (Philippe ORFALI, « Les "écoles passerelles" n'ont pas la cote », *Le Devoir*, 5 janvier 2016, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/societe/education/459351/acces-a-l-ecole-anglophone-les-ecoles-passerelles-n-ont-pas-la-cote>> [consulté le 14 août 2019]). Avant 2002, c'était 1000 enfants par année qui réussissaient un tel passage (*Nguyen c. Québec [Éducation, Loisir et Sport]*, 2007 QCCA 1111, par. 173). Le problème n'est donc plus ce qu'il était, mais le principe demeure contestable sur un autre plan : comment justifier que certains enfants puissent avoir droit à l'école de langue anglaise publique ou privée subventionnée par l'État en raison de la situation financière de leurs parents alors que les autres non (les uns et les autres n'étant

une contestation judiciaire menée par les opposants à un tel retour, le plan pourrait déjà prévoir les grandes lignes d'une plaidoirie commune du Québec et des institutions de la francophonie minoritaire.

On peut déjà l'imaginer : que l'article 23 de la *Charte canadienne* soit interprété favorablement à la protection du français au Québec, directement et sans attendre la seconde étape relative à la justification « dans le cadre d'une société libre et démocratique ». La plaidoirie prévoirait également qu'il n'est pas question qu'une telle réalité donne symétriquement pour résultat une prise en compte du contexte provincial lorsque l'article 23 est appliqué dans le reste du Canada. Hors Québec, étant donné la fragilité particulière de la langue française, le contexte provincial serait à prendre en compte à la seconde étape de l'analyse, lorsqu'il est question de juger si une mesure provinciale violant l'article 23 peut trouver une justification « dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

Voilà une interprétation susceptible de réconcilier la francophonie canadienne : un même article 23, mais deux principes distincts, un applicable au Québec et l'autre dans le reste du Canada. L'asymétrie, celle dont on a besoin, serait engagée. Le Québec craignant de moins en moins de faire les frais d'une victoire judiciaire des francophones minoritaires, et les minorités françaises craignant de moins en moins le ricochet d'une victoire du Québec, la francophonie canadienne s'en trouverait renforcée. À force de positions communes défendant systématiquement l'asymétrie, sur la question du bilinguisme législatif et judiciaire et sur le droit à l'instruction dans la langue de la minorité, la francophonie verrait à augmenter le coût d'une décision prônant la symétrie.

Ouvrons ici une longue parenthèse. Un plan de concertation entre le Québec et les minorités françaises pour une position commune devant la Cour suprême pourrait être l'occasion de formuler une demande de modifications à la Constitution du Canada (et d'exiger des changements à la *Loi sur les langues officielles*). Il ne s'agit pas de confiner la francophonie

pourtant pas membres de la communauté anglo-québécoise) ? Outre l'ambition de réunir la francophonie canadienne, concrétisée par un plan de concertation entre le Québec et les minorités françaises pour une position commune devant la Cour suprême, l'idée de revenir aux dispositions déclarées inconstitutionnelles dans l'arrêt *Nguyen* pourrait être motivée par le principe : que l'école de langue anglaise publique ou privée subventionnée du Québec soit réservée aux membres de la communauté anglo-québécoise, et ce, peu importe l'importance quantitative des enfants qui réunissent à passer au réseau scolaire anglophone public ou privé subventionné alors qu'ils devraient normalement fréquenter l'école française.

à l'unique rôle de quémandeur auprès de la majorité anglo-canadienne. Il ne s'agit pas non plus de croire qu'un paragraphe, quelques mots et un alinéa ajoutés dans un document dit constitutionnel ou autre soient, à eux seuls, le meilleur moyen pour faire dévier d'une trajectoire plus que centenaire une jurisprudence bien établie. Répétons que le juge est libre ; il n'est pas lié par le texte constitutionnel, et des ajouts à ce dernier ne le liera vraisemblablement pas davantage. En revanche, le juge est contraint ; l'environnement dans lequel il œuvre le force à faire des choix stratégiques pour protéger son pouvoir, et éventuellement l'accroître.

Donc, s'il faut «resserrer» les choix qui s'offrent au juge, et ce, en agissant sur son environnement afin de le contraindre à opter pour une interprétation plutôt qu'une autre, une demande de modifications à la Constitution n'est utile qu'à condition qu'elle s'inscrive dans une démarche plus large. Autrement dit, une demande de modifications aux textes constitutionnels peut donner une nouvelle impulsion à la direction que prend la jurisprudence, mais seulement à trois conditions : 1) si elle est proposée dans la foulée de la publication d'un plan de concertation entre le Québec et les minorités françaises pour une position commune devant les tribunaux (qui lui constituerait une contrainte juridique dès sa mise en application, peu importe la réponse que donnerait le Canada anglais aux changements exigés à la Constitution par la francophonie) ; 2) si elle est accompagnée d'une demande de révision du processus de nomination des juges fédéraux (qui elle doit permettre une redistribution de pouvoirs et donc un changement dans le réseau des contraintes juridiques au Canada) ; 3) si l'une et l'autre des demandes de modifications aboutissent et changent effectivement la Constitution.

Bref, vouloir changer le texte de la Constitution ne peut être une fin en soi. C'est dans la mesure où la francophonie adopterait d'abord un plan de concertation entre le Québec et les minorités françaises pour une position commune devant les tribunaux qu'il pourrait ensuite être envisagé d'aller plus loin. À ce moment, il s'agirait de prendre le train en marche.

La demande de modifications à la Constitution aurait avantage à être formulée dans le cadre d'une motion adoptée par l'Assemblée nationale du Québec et recevant officiellement l'appui des associations représentant les intérêts des francophones minoritaires. L'adoption d'une telle motion pourrait déclencher l'obligation constitutionnelle pour le fédéral et les

autres provinces de négocier de bonne foi une nouvelle entente au sujet des changements exigés, un élément à considérer s'il faut créer un nouveau rapport de force favorable à la francophonie⁵⁷⁷. Patrick Taillon et Alexis Deschênes, le premier étant professeur de droit à l'Université Laval et le second avocat, défendent en outre l'idée que l'obligation de négocier est en partie sujette à un contrôle judiciaire⁵⁷⁸. Poursuivons notre réflexion.

Premièrement, la demande de modifications pourrait traiter de l'ajout d'un nouveau paragraphe à l'article 23 de la *Charte canadienne* ; un article 23(4), qui pourrait prendre la forme qui suit :

23. (4) Toute interprétation du présent article doit concorder avec l'objectif de voir progresser le statut et les droits et privilèges du français dans toutes les provinces, y compris le Québec.⁵⁷⁹

Il s'agirait d'une invitation à l'interprétation asymétrique de l'article 23 qui, si elle devenait réalité, constituerait une première dans l'histoire constitutionnelle canadienne⁵⁸⁰. Un tel

⁵⁷⁷ Des auteurs avancent que l'obligation constitutionnelle de négocier – exposée par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (1998) – peut trouver application dans les cas de demandes de modifications à la Constitution autres que celles touchant à la sécession (Marc CHEVRIER, « La République du Québec et sa constitution », *Argument*, 2007-2008, en ligne : <<http://www.revueargument.ca/article/2007-10-01/407-la-republique-du-quebec-et-sa-constitution.html>> [consulté le 24 novembre 2018] ; André BINETTE, *La fin de la monarchie au Québec : Pour une république du Québec dans le cadre canadien*, Montréal, Éditions du Renouveau québécois, 2018, p. 134). Le politologue Marc Chevrier écrit à ce sujet : « On oublie que la Cour [Suprême, se prononçant dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*] y a attaché, de manière générale, l'obligation juridique de négocier à tout projet de modification constitutionnelle approuvé par un référendum, quel que soit le contenu de cette modification. Cela vaut aussi bien pour l'indépendance du Québec que pour un projet de réforme constitutionnelle classique, peu importe qu'il touche au partage des compétences, au régime politique ou au statut particulier du Québec au sein du Canada. » (Marc CHEVRIER, *La République québécoise : Hommages à une idée suspecte*, Montréal, Boréal, 2012 [ePub]). Des auteurs indiquent aussi que l'obligation constitutionnelle de négocier peut être déclenchée sans qu'un référendum n'ait préalablement porté sur la proposition (José WOEHLING, « Document complémentaire à l'étude intitulée "Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec", réalisée en 1991 à la demande du Secrétariat de la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec », vol. 2, Québec, Ministère du Conseil exécutif, 2002, p. 27 ; André BINETTE, *La fin de la monarchie au Québec : Pour une république du Québec dans le cadre canadien*, Montréal, Éditions du Renouveau québécois, 2018, p. 135). Sur ce dernier point, notons que « le pouvoir constituant est formellement et en définitive exercé par les assemblées législatives » : Patrick TAILLON et Alexis DESCHÊNES, « Une voie inexplorée de renouvellement du fédéralisme canadien : l'obligation constitutionnelle de négocier des changements constitutionnels », (2012) 53 *C. de D.* 461, 469.

⁵⁷⁸ *Id.*, 495 et suiv.

⁵⁷⁹ La proposition s'apparente à celle retrouvée dans Frédéric BASTIEN, *Après le naufrage : refonder le Parti québécois*, Montréal, Boréal, 2019, p. 159 et 160.

⁵⁸⁰ Pour modifier l'article 23 de la *Charte canadienne*, par l'ajout, par exemple, d'un article 23(4), il faudrait vraisemblablement obtenir l'accord du Parlement fédéral et de 7 provinces représentant au moins 50 % de la population canadienne comme le veut la procédure d'amendement prévue à l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982* : Benoît PELLETIER, *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough,

article 23(4) militerait pour une interprétation large du droit à l’instruction en français hors Québec et pour une interprétation restrictive du droit à l’instruction en anglais au Québec, considérant que ce sont les droits du français qui devraient dorénavant progresser en territoire québécois comme ailleurs au Canada.

Un nouvel article 23(4) ne contredirait pas l’actuel article 16(1) de la *Charte canadienne*. Le premier compléterait plutôt le second. L’actuel article 16(1) déclare constitutionnellement l’existence de deux langues officielles au Canada et prévoit leur égalité dans les institutions fédérales :

16. (1) Le français et l’anglais sont les langues officielles du Canada ; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada.

Un nouvel article 23(4) ne toucherait pas à cette égalité dans les institutions fédérales, mais préciserait que la déclaration de deux langues officielles au Canada n’a de sens (cette fois en matière scolaire) que s’il est entendu qu’il faut favoriser la plus faible de ces deux langues partout, y compris au Québec.

Deuxièmement, la demande de modifications à la Constitution pourrait viser l’article 16(3) de la *Charte canadienne*, qui dit présentement ceci :

16. (3) La présente charte ne limite pas le pouvoir du Parlement [fédéral] et des législatures [provinciales] de favoriser la progression vers l’égalité de statut ou d’usage du français et de l’anglais.

À ce paragraphe, à la toute fin, il s’agirait d’ajouter une nouvelle phrase :

Au Québec, ce sont les droits du français qui doivent progresser afin que cet objectif puisse être atteint à l’échelle canadienne.

S’il devenait réalité, il confirmerait le rôle particulier que doit jouer le Québec chez lui afin de provoquer par ricochet la progression vers l’égalité de statut ou d’usage du français et de l’anglais dans l’ensemble canadien⁵⁸¹. Une telle reconnaissance militerait pour qu’une

Carswell, 1996, p. 138. Un auteur soutient qu’une modification semblable pourrait se satisfaire de la procédure bilatérale de l’article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, requérant l’accord du fédéral et du Québec : Guy TREMBLAY, « La portée élargie de la procédure bilatérale de modification de la Constitution du Canada », (2011) 41 *R.G.D.* 417, 447.

⁵⁸¹ Modifier l’article 16 de la *Charte canadienne* exigerait probablement l’accord unanime du Parlement fédéral et des 10 provinces canadiennes conformément à l’article 41(c) de la *Loi constitutionnelle de 1982* : *id.*, p. 189.

interprétation des droits linguistiques favorable aux droits du français au Québec n'ait pas pour effet réciproque de défavoriser le français ailleurs au Canada.

Troisièmement, la demande de modifications à la Constitution pourrait vouloir remettre en cause la symétrie de l'article 133 de la L.C. 1867. Un nouvel alinéa, un troisième, pourrait y être ajouté à la suite de ce qu'il prévoit déjà. Il faudrait le formuler ainsi :

Toute interprétation du volet québécois du présent article doit concorder avec l'objectif de voir progresser le statut et les droits et privilèges du français au Québec.

Sans remettre en question l'existence de droits pour la langue anglaise au Québec, ce nouvel alinéa justifierait que Québec adopte des mesures pour renforcer le statut du français dans ses institutions⁵⁸².

En résumé, la motion de l'Assemblée nationale du Québec réclamerait trois modifications à la Constitution au nom d'une francophonie canadienne unie. Elles inviteraient les juges à favoriser généralement les droits du français au Québec et hors Québec et donneraient au Parlement québécois un rôle particulier dans la progression des droits du français au Québec et au Canada. Si elle aboutissait, la demande de modifications pourrait finalement permettre l'émergence d'une asymétrie de principes, une voie susceptible de justifier l'interprétation d'un droit à l'instruction dans la langue de la minorité favorable au français partout au Canada et d'un bilinguisme législatif et judiciaire permettant au Québec de prévoir une meilleure protection institutionnelle pour la langue française (sans affecter la dualité linguistique qui doit régner au palier fédéral)⁵⁸³.

⁵⁸² Le volet québécois de l'article 133 pourrait être rattaché à la procédure d'amendement bilatérale, prévue à l'article 43(b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le modifier exigerait donc, si c'est le cas, l'accord des parlements fédéral et québécois : *id.*, p. 252.

⁵⁸³ « Si elle aboutissait », souligne-t-on, car la lourdeur de la procédure d'amendement prévue par la *Loi constitutionnelle de 1982* a été alourdie encore davantage depuis 1995 avec l'adoption d'une loi fédérale (L.C. 1996, c. 1) octroyant des veto régionaux et de lois provinciales exigeant l'organisation de référendums comme préalables au consentement sur une modification constitutionnelle. Voir à cet effet Patrick TAILLON et Alexis DESCHÊNES, « Une voie inexplorée de renouvellement du fédéralisme canadien : l'obligation constitutionnelle de négocier des changements constitutionnels », (2012) 53 *C. de D.* 461, 466. Voir aussi Patrick TAILLON, *Les obstacles juridiques à une réforme du fédéralisme*, Montréal, Institut de recherche sur le Québec, 2007. « [L] » amendement constitutionnel formel est rare, lourds et compliqué » au Canada : Marc CHEVRIER et David SANSCHAGRIN, « Le juge superlégislateur au Canada ou la politique par soustraction », dans Geoffrey GRANDJEAN et Jonathan WILDEMEERSCH (dir.), *Les juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 95, à la page 113.

De tels changements briseraient le discours symétrique de deux des cinq événements ayant construit la politique linguistique canadienne, celui de 1867 et celui de 1982. Les trois autres événements, ceux de 1969, 1988 et 2005, pourraient être reformulés grâce à une demande de modifications à la *Loi sur les langues officielles*⁵⁸⁴.

Des changements pourraient être exigés à la partie 4 de la loi (pour que les institutions fédérales priorisent l'utilisation du français dans leur affichage et leurs publicités au Québec), et aussi à ses parties 5 (pour renforcer le droit de travailler en français dans les institutions fédérales au Québec), 7 (pour exclure le territoire québécois de l'engagement fédéral de promouvoir l'usage également du français et de l'anglais) et 9 (pour prévoir une obligation pour le commissaire aux langues officielles de consulter les organismes responsables de l'application de la loi 101 au Québec avant de prendre une décision ayant des implications en territoire québécois). Sans qu'elles ne touchent directement aux articles 133 de la L.C. 1867 et 23 de la *Charte canadienne*, là où pourtant la francophonie canadienne sait se diviser devant la Cour suprême, des modifications à la *Loi sur les langues officielles* seraient procéduralement plus faciles à obtenir que des modifications constitutionnelles⁵⁸⁵. Elles auraient le mérite de semer des droits asymétriques dans la politique linguistique canadienne. Cette fois, le pouvoir fédéral pourrait être invité à défendre la dualité linguistique à l'extérieur du Québec au bénéfice de la francophonie minoritaire et à respecter l'esprit de la politique linguistique québécoise en territoire québécois, ce qui suggérerait la création d'une asymétrie de principes.

On l'a répété : une demande de modifications à la Constitution (ou à la *Loi sur les langues officielles*) doit s'inscrire dans une plus large démarche si elle veut pouvoir changer quelque chose. On le sait, un changement aux textes de la Constitution ne garantit en soi absolument

⁵⁸⁴ La Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada a dévoilé le 5 mars 2019 une proposition de projet de loi qu'elle souhaiterait voir inspirer la prochaine démarche de modernisation de la *Loi sur les langues officielles*. Deux de ses « considérants » peuvent être d'intérêt dans l'optique d'une réconciliation du Québec et des francophones minoritaires : le deuxième, qui indique « que la francophonie canadienne revêt un caractère national », et le troisième, selon lequel « le français est une langue en situation minoritaire au Canada et en Amérique du Nord ». La proposition est disponible en ligne : FÉDÉRATION DES COMMUNAUTÉS FRANCOPHONES ET ACADIENNE, *La FCFA passe à l'action : proposition d'un nouveau libellé de la Loi sur les langues officielles*, annexe B, 5 mars 2019, en ligne : <https://fcfa.ca/wp-content/uploads/2019/03/Annexe-B-FCFA-LLO-modernisée_2019-03-05.pdf> (consulté le 1^{er} novembre 2019).

⁵⁸⁵ La *Loi sur les langues officielles* est une loi fédérale qui peut être modifiée à tout moment par le Parlement fédéral seul.

aucun résultat. Nous avons ouvert cette longue parenthèse en toute connaissance de cause. Maintenant, il faudrait penser à améliorer l'institution judiciaire canadienne de sorte que les acteurs juridiques de la francophonie aient, dans le réseau de contraintes dans lequel œuvrent les tribunaux, un rapport de force renforcé. Puisque nous y sommes : il pourrait être réclamé que la Cour suprême du Canada soit restructurée en fonction du principe fédéral et dans le respect de la dualité linguistique canadienne.

La professeure de droit à l'Université Laval Eugénie Brouillet l'a déjà très bien exprimé :

Au Canada, le pouvoir judiciaire est la fonction étatique qui reflète le moins bien la nature fédérative du pays. Un seul palier de gouvernement, le gouvernement fédéral, a le pouvoir discrétionnaire de nommer tous les juges des cours supérieures du pays [donc les cours supérieure et d'appel du Québec], y compris ceux de la Cour suprême.⁵⁸⁶

Ce fait n'est pas sans causer de problèmes, note-t-elle. « Au chapitre de l'indépendance et de l'impartialité, le processus unilatéral de nomination des juges génère d'importants problèmes en regard à sa légitimité en tant qu'arbitre ultime des différends fédératifs. »⁵⁸⁷ Et Brouillet remarque, avec d'autres auteurs, que le cas canadien détonne. Car dans un État fédéral, « généralement, les entités fédérées participent au processus de nomination des membres du tribunal appelé à trancher en dernier ressort des différends fédératifs »⁵⁸⁸.

En 2011, dans un article intitulé *La légitimité fédérative du processus de nomination des juges à la Cour suprême du Canada*, Brouillet commente les changements qui ont été apportés à cette procédure quelques années auparavant par Ottawa. En 2006, relève-t-elle, le gouvernement fédéral a instauré un comité parlementaire chargé de questionner le candidat choisi avant qu'il ne soit formellement désigné juge. Elle mentionne aussi l'apparition de comités responsables de dresser des listes de candidats potentiels adressées à l'exécutif fédéral après consultations auprès des provinces et de personnalités du monde juridique. Mais pour Brouillet, le problème reste alors entier : « Le gouvernement fédéral détient encore seul le pouvoir décisionnel. »⁵⁸⁹

⁵⁸⁶ Eugénie BROUILLET, « La légitimité fédérative du processus de nomination des juges à la Cour suprême du Canada », (2011) 41 *R.G.D.* 279, 285.

⁵⁸⁷ *Id.*, 286.

⁵⁸⁸ *Id.*

⁵⁸⁹ *Id.*, 287.

Le récent *Protocole d'entente concernant le processus de nomination en vue de pourvoir le poste qui sera laissé vacant à la Cour suprême du Canada à la suite du départ du juge Clément Gascon* – une entente administrative signée par Québec et Ottawa en mai 2019 – n'est pas de nature à modifier ce constat⁵⁹⁰. Certes, il y est précisé, à son quatrième « considérant », l'objectif d'« assurer une participation plus grande du Québec dans le processus menant à la nomination de ces trois juges [au plus haut tribunal] et de poursuivre les discussions à cet effet ». Mais, en vrai, le protocole ne fait que confier au ministre de la Justice du Québec le rôle de nommer 2 des 8 membres d'un comité appelé à soumettre au ministre de la Justice fédéral une liste de 3 à 5 candidats pour combler un poste de juge (art. 3)⁵⁹¹. Il invite ensuite le premier ministre du Québec à transmettre sa recommandation au premier ministre du Canada (art. 11), avec un dénouement qui ne change rien à l'état du droit : « À la lumière des recommandations reçues du ministre de la Justice du Canada et du Premier ministre du Québec, peut-on y lire, le Premier ministre du Canada choisira le candidat et l'annoncera publiquement. » (art. 13)

Marc Chevrier, professeur de science politique à l'Université du Québec à Montréal, est d'avis que le gouvernement québécois enregistre avec cette entente « de petits gains à la marge, mais chèrement monnayés, sans que le gouvernement fédéral lâche ses prérogatives régaliennes »⁵⁹². Il note aussi, par la même occasion, que « le gouvernement fédéral conserve la primauté, à toutes les étapes ». Ainsi, poursuit-il, « [c]e protocole apparaît nettement en deçà des demandes traditionnelles du Québec en ce qui touche sa participation au processus de nomination des juges à la Cour suprême ». Et Chevrier de conclure : « Ce n'est [...] pas

⁵⁹⁰ L'entente prévoit le processus de nomination pour pourvoir le poste laissé vacant par le juge Clément Gascon, mais précise qu'il continuera de s'appliquer, pour les autres postes à combler dans le futur, tant que les gouvernements fédéral et québécois ne se mettront pas d'accord sur un autre processus (art. 14 et 15).

⁵⁹¹ L'article 5 de l'entente exige que les huit membres du comité soient « effectivement bilingues ». Constatant que le comité consultatif qui dresse la liste des candidats à la magistrature suprême pour l'un des six autres juges provenant de l'extérieur du Québec n'est sujet à aucune exigence de bilinguisme dans sa composition, le politologue Marc Chevrier écrit : « C'est donc dire qu'on impose le fardeau du bilinguisme seulement pour le processus de nomination qui touche au Québec. » (Marc CHEVRIER, « Protocole d'entente sur la nomination des juges québécois à la Cour suprême : après le multiculturalisme, voici le multijuridisme canadien », *Argument*, 2019, en ligne : <<http://www.revueargument.ca/article/2019-05-30/724-protocole-dentente-sur-la-nomination-des-juges-quebecois-a-la-cour-supreme.html>> [consulté le 10 septembre 2019]) L'entente comprend donc un type d'asymétrie défavorable à la politique linguistique québécoise.

⁵⁹² *Id.*

le fédéralisme dualiste qui est ici renforcé. S'en trouv[e] plutôt légitimé[e] la dimension unitaire de l'organisation judiciaire canadienne [...] »⁵⁹³.

Dans son article paru en 2011, Brouillet cite les positions prises par Québec depuis la fin des années 1940 sur cet enjeu. À une époque, le gouvernement québécois a exigé d'être seul responsable de la nomination des trois juges du Québec siégeant à la Cour suprême. À une autre, il a concédé que la nomination reste fédérale, mais avec une « contribution significative » ou une « participation directe » du Québec à la procédure menant au choix des candidats⁵⁹⁴.

En cette matière, évidemment, la question linguistique n'est jamais bien loin derrière. Québec a ainsi par le passé revendiqué formellement l'alternance francophone-anglophone à la présidence du plus haut tribunal. Plus récemment, le 21 mai 2008, l'Assemblée nationale a adopté à l'unanimité une motion traitant des compétences linguistiques des juges : « Que l'Assemblée nationale du Québec affirme que la maîtrise de la langue française est une condition préalable et essentielle à la nomination d'un juge de la Cour suprême du Canada »⁵⁹⁵. Ce débat n'est toujours pas clos.

Au terme de cette revue, Brouillet arrive avec ses propres propositions. « [N]ous sommes d'avis que les modifications suivantes devraient être apportées au processus actuel de nomination de juges à la Cour suprême du Canada, dans une perspective fédérative », indique-t-elle. Elle croit que le gouvernement québécois devrait être seul responsable de la nomination des trois juges du Québec siégeant à la Cour suprême et qu'il devrait y avoir

⁵⁹³ *Id.* Il est intéressant de noter que la professeure Eugénie Brouillet occupe l'un des deux sièges réservés au choix du gouvernement du Québec sur les huit que compose le comité consultatif pour le Québec : Robert DUTRISAC, « Juge à la Cour suprême : importante avancée pour le Québec », *Le Devoir*, 18 mai 2019, en ligne : <https://www.ledevoir.com/opinion/editoriaux/554689/juge-a-la-cour-supreme-importante-avancee-pour-le-quebec> (consulté le 11 septembre 2019).

⁵⁹⁴ Eugénie BROUILLET, « La légitimité fédérative du processus de nomination des juges à la Cour suprême du Canada », (2011) 41 *R.G.D.* 279, 291.

⁵⁹⁵ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, « Résolution unanime affirmant que la maîtrise de la langue française est une condition préalable et essentielle à la nomination d'un juge de la Cour suprême du Canada », 21 mai 2008, en ligne : <<https://www.sqrc.gouv.qc.ca/relations-canadiennes/positions-historiques/motions/2008-05-21-juge.pdf>> (consulté le 13 septembre 2019).

« participation directe des provinces au processus de nomination des juges des cours supérieures provinciales »⁵⁹⁶.

Pour notre problématique, l'idée est de renforcer le Québec dans le jeu des acteurs juridiques au Canada afin que ses intérêts soient en meilleure position pour s'imposer. L'idée est aussi de renforcer les communautés francophones minoritaires afin qu'elles puissent faire avancer, avec le Québec, les intérêts de la francophonie canadienne. Évidemment, une meilleure participation du Québec et des minorités françaises au processus de nomination des juges fédéraux ne pourrait pas nuire à la mise en place des conditions pouvant mener à l'émergence d'une asymétrie de principes dans l'interprétation des droits linguistiques. Concrètement, la réconciliation de la francophonie, comme objectif, se retrouverait entre les mains d'acteurs jouissant d'un rapport de force institutionnellement renforcé au Canada.

Pour ce faire, il faudrait demander des modifications, dans le sens où l'indique Brouillet, à l'article 96 de la L.C. 1867 (qui prévoit le pouvoir fédéral de nommer les juges des cours supérieures provinciales) et aux dispositions de la *Loi sur la Cour suprême* (notamment à son article 4[2], qui réserve au gouvernement fédéral le pouvoir de nommer les juges du plus haut tribunal)⁵⁹⁷. La légitimité fédérative de l'institution judiciaire canadienne y gagnerait. Il faudrait aussi exiger qu'un des neuf juges de la Cour suprême soit réservé à la francophonie hors Québec et nommé avec la participation des organismes représentant les francophones

⁵⁹⁶ Eugénie BROUILLET, « La légitimité fédérative du processus de nomination des juges à la Cour suprême du Canada », (2011) 41 *R.G.D.* 279, 291 et 292.

⁵⁹⁷ *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26. La « composition » de la Cour suprême et plus généralement ses « caractéristiques essentielles » ont été formellement constitutionnalisées lors de l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982* : voir les motifs des juges majoritaires dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 CSC 21, par. 91 et 94. Modifier le processus de nomination des juges qui y siègent afin de mettre fin au monopole du gouvernement fédéral sur la question pourrait exiger l'approbation unanime des parlements fédéral et provinciaux selon les termes de l'article 41(d) de la *Loi constitutionnelle de 1982* (voir W. R. LEDERMAN, « Constitutional Procedure and the Reform of the Supreme Court of Canada », [1985] 26 *C. de D.* 195, 197 et 201) ; à moins que le concours du Parlement fédéral et de 7 provinces représentant 50 % de la population canadienne, conformément aux dispositions de l'article 42(1)d) de cette même *Loi constitutionnelle de 1982*, suffise. Il reviendrait à la Cour suprême elle-même de statuer : Luc HUPPÉ, « L'émergence d'un pouvoir judiciaire souverain », (1995) 55 *R. du B.* 171, 172. Le pouvoir fédéral de nommer les juges des cours supérieures provinciales pourrait, quant à lui, vraisemblablement être repensé grâce à la procédure prévue à l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ; elle requiert l'approbation du Parlement fédéral et de 7 provinces représentant 50 % de la population canadienne : Nicole DUPLÉ, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2018, p. 261.

minoritaires⁵⁹⁸. Cette fois, c'est la reconnaissance de la dualité linguistique au Canada qui ferait un gain.

En attendant, le projet de loi présenté par Simon Jolin-Barrette en 2016, à l'époque député de Borduas à l'Assemblée nationale et porte-parole du deuxième groupe d'opposition en matière de justice, n'est pas inintéressant⁵⁹⁹. Il proposait unilatéralement une procédure pour la nomination des trois juges du Québec à la Cour suprême, où l'Assemblée nationale (après l'adoption d'une motion votée aux trois quarts des députés) suggérerait trois candidats au gouvernement fédéral lorsqu'un poste deviendrait vacant au sein du plus haut tribunal (art. 37). Sans qu'elle soit d'abord contraignante pour le fédéral, la proposition visait probablement à imposer une pratique qui, grâce à son respect sur une période de temps plus ou moins longue et venant à convaincre les acteurs qu'ils y sont liés, viendrait à constituer une convention constitutionnelle donnant au Québec un poids dans la nomination des juges fédéraux.

Dans l'élaboration d'une liste de candidats à la magistrature suprême, le comité de sélection québécois était notamment appelé, selon les termes du projet de loi, à prendre en compte « le degré de conscience du candidat à l'égard des réalités sociales ainsi que des traditions juridiques et des valeurs sociales du Québec » (art. 20[4]). S'il fallait y ajouter quelque chose, peut-être pourrait-on penser prévoir des critères de sélection exigeant la connaissance de l'histoire du Québec ou des réalités de la francophonie canadienne. À suivre.

En somme, puisque modifier la direction que prend la jurisprudence exige de savoir y contraindre les juges, il faut admettre que des modifications aux textes de la Constitution ou des lois ne peuvent être une garantie de résultats. Et si l'on persiste à vouloir changer ces documents, il ne faut pas en faire une fin en soi ; c'est davantage le mouvement nécessaire pour y arriver qui serait susceptible de peser en faveur du changement que la demande de modifications aux textes elle-même. Ce faisant, la démarche, dont le coup d'envoi aurait été donné par la signature d'un plan de concertation entre le Québec et les minorités françaises

⁵⁹⁸ En tel arrangement pourrait être élaboré dans le cadre d'une entente administrative ou grâce à une pratique prenant éventuellement la forme d'une convention constitutionnelle.

⁵⁹⁹ Projet de loi 591, *Loi affirmant la participation du Québec au processus de nomination des juges de la Cour suprême du Canada pour le Québec*, 1^{re} sess., 41^e légis., 2016 (présentation à l'Assemblée nationale le 25 février 2016). En toute transparence, l'auteur des présentes lignes travaille présentement au sein du cabinet de Simon Jolin-Barrette, aujourd'hui ministre de la Justice et ministre responsable de la Langue française.

pour une position commune devant les tribunaux, pourrait comprendre une action pour que la procédure de nomination des juges fédéraux soit repensée.

Il reste qu'on peut penser que cette réflexion a toutes les chances de demeurer au stade de la réflexion encore longtemps. La francophonie canadienne pourrait bien formuler des demandes pour que les articles 133 de la L.C. 1867 et 23 de la *Charte canadienne* soient modifiés et, pour que le processus de nomination des juges fédéraux soit repensé, il reste improbable – rien n'indique le contraire – que de telles réformes constitutionnelles, même une seule, surviennent dans un horizon prévisible. Le Canada n'y est pas.

De plus, quémander de nouveaux aménagements auprès de la majorité anglo-canadienne place d'emblée la francophonie dans une position de faiblesse. Ce serait d'autant plus vrai si aucune autre action forte n'était posée simultanément afin de donner au Canada anglais des raisons de vouloir considérer des propositions de modifications à la Constitution. C'est pour ces raisons que l'accent est mis partout sur l'importance de raccrocher l'entreprise à un plan de concertation du Québec et des minorités françaises pour une intervention commune devant les tribunaux. Dès sa signature, celui-ci tracerait la voie d'une première contrainte juridique en faveur de l'asymétrie de principes. Il pourrait même être adopté par la francophonie elle-même, grâce au travail de ses propres acteurs. C'est là où réside le point de départ d'une possible réconciliation. Nous avons assez insisté. Fermons la longue parenthèse.

En somme, la francophonie peut forcer le jeu. La Cour suprême cherchera à éviter d'apparaître hostile aux revendications de la principale minorité nationale du Canada ; son prestige n'en sortirait pas indemne. Pour la francophonie, il s'agit donc d'associer cette voie à la symétrie. Peut-être la Cour suprême voudra-t-elle alors opter pour l'interprétation asymétrique. Il s'agit de contraindre la Cour suprême à fonder ses décisions sur ce qui relève pourtant de l'évidence : entre l'une et l'autre des langues officielles, seule la langue française est fragile, et ce, partout au Canada, y compris au Québec. De l'intention législative sur les langues officielles, elle pourra passer à une nouvelle stratégie désormais mieux à même de protéger son pouvoir : l'égalité du français et de l'anglais, mais pensée à l'échelle canadienne.

Puisque – toutes choses étant égales par ailleurs – changer un mot dans un texte de loi ne garantit pas un changement dans la jurisprudence, la francophonie canadienne gagnerait à

concevoir son action du point de vue des contraintes juridiques. Ce n'est pas qu'il faut abandonner le champ des revendications constitutionnelles. Ce n'est évidemment pas qu'il faut boudier toute initiative conçue à partir des formules Bourassa, Angers ou Pelletier, décrites précédemment. C'est plutôt qu'il ne faut pas s'y borner. Le champ des revendications constitutionnelles, avant d'être une fin, gagnerait à être investi à la manière d'un tremplin.

CONCLUSION

La présente thèse a voulu documenter le chemin qui a mené le pouvoir judiciaire à donner effet au piège conçu par Pierre Elliott Trudeau. Remontant des origines à aujourd'hui afin de démontrer comment l'intention législative sur les langues officielles au Canada est devenue incontournable, elle a pu discuter de nouvelles voies que pourrait prendre la francophonie canadienne pour contraindre les juges à créer une asymétrie de principes en matière de droits linguistiques. Voici un résumé de la thèse :

- Sous-partie I.A) i) a) : En 1867, l'intention des Pères de la Confédération n'est pas de piéger le Québec avec des droits linguistiques, elle est plutôt d'ériger des droits symétriques dans le nouveau pays. Les Pères canadiens-français demandent cette symétrie en tant que gain pour le français au sein de la nouvelle confédération qu'est le Canada. Les Pères canadiens-anglais l'acceptent comme contrepartie permettant la protection de la communauté anglo-québécoise. On plante ainsi l'arbre.

- Sous-partie I.A) i) b) : À la suite de la création de la Confédération, et en l'absence de controverse, la Cour suprême du Canada adopte l'interprétation symétrique ; voir les affaires *Robinson* (1891) et *Dubois* (1935). L'arbre croît. Le mouvement ne porte pas à controverse dans la francophonie canadienne tant que le Québec considère, à l'instar des minorités francophones, que la défense des droits du français passe par la défense du bilinguisme institutionnel partout. Mais un accident révèle que des droits linguistiques symétriques pourraient piéger un Québec désireux de tourner le dos à la défense du bilinguisme pour embrasser une politique d'affirmation du français chez lui. Le gouvernement de Maurice Duplessis admet en 1938 que l'affirmation du français à Québec pourrait avoir pour conséquence le recul réciproque des droits du français ailleurs au Canada.

- Sous-partie I.A) ii) a) : En 1969, Pierre Elliott Trudeau jette les bases d'une politique linguistique canadienne. Son projet cherche moins à protéger deux langues officielles qu'à combattre le mouvement souverainiste au Québec. Pour garder le Canada uni, Trudeau croit qu'il faut à tout prix éviter la territorialisation des langues, française au Québec et anglaise dans le reste du pays. Il veut donc élaborer une politique qui entretiendrait la communauté anglo-québécoise et donnerait des droits réciproques aux francophones minoritaires. De cette façon, les minorités francophones seraient tentées de travailler au recul de la politique

linguistique québécoise en s'accrochant à la promesse d'une renaissance conséquente des droits du français hors Québec. Et un Québec tenté de s'ériger en État français risquerait de provoquer la diminution des droits de l'usage de la langue française hors Québec, soulevant conséquemment une indignation pratique à exploiter. La *Loi sur les langues officielles* constitue un embryon autour duquel toute une politique pourra se construire. Elle réinterprète l'événement de 1867 en retournant la symétrie – d'abord souhaitée par le Québec post-Confédération – en un piège pour l'État québécois. Trudeau doit savoir que sa politique aura cet effet. Il s'en réjouira.

- Sous-partie I.A) ii) b) : Durant les années 1970, les tribunaux renforcent l'interprétation symétrique. L'arbre ne pousse plus seul. Ceux qui doivent l'entretenir se justifient. Face au feu roulant des crises linguistiques au Canada, les juges mettent au point une stratégie : les questions sont tranchées en puisant les réponses dans l'histoire législative (voir l'arrêt *Jones*, 1975). L'architecture constitutionnelle apparaît aussi comme déjà susceptible de créer une division dans la francophonie canadienne. Dans l'affaire *Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal* (1976), on utilise l'abrogation passée des droits scolaires des minorités francophones comme motif pour valider la nouvelle politique linguistique québécoise, incarnée par la *Loi sur la langue officielle* (la loi 22), qui veut faire primer le français. Autrement dit, la Cour supérieure du Québec indique dans cette affaire que le Québec peut affirmer son caractère français parce qu'autrefois les autres provinces ont pu librement imposer leur caractère anglais. On peut donc dire, s'il faut réduire cette affaire à sa plus simple expression, que Québec gagne parce que les minorités francophones ont autrefois perdu. L'arrêt *Association des Gens de l'Air du Québec Inc.* (1978) renforce aussi la symétrie judiciaire.

Au tournant des années 1980, l'interprétation symétrique vit ses plus beaux jours. On utilise l'histoire législative sur les langues officielles au Canada pour créer l'égalité Québec-Manitoba. La stratégie prouve son efficacité. Dans quatre affaires, la Cour suprême fait progresser réciproquement les droits de l'anglais au Québec et les droits du français au Manitoba ; voir *Blaikie* (1979), *Forest* (1979), *Blaikie* (1981) et le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* de 1985. La francophonie canadienne se présente divisée devant le plus haut tribunal à deux reprises. La politique linguistique canadienne y est pour quelque

chose : la symétrie de 1867, les théories de la conception de la politique linguistique canadienne (qui font le pont entre deux de ses événements constitutifs : 1867 et 1969) et le Programme fédéral de contestation judiciaire sont mobilisés. Les francophones minoritaires « tombent dans la souricière que leur a tendue le régime Trudeau »¹.

- Sous-partie I.B) i) a) : Au plus fort de la crise Québec-Canada, alimentée par des controverses linguistiques récurrentes, la Cour suprême expose l'ampleur de son pouvoir. Il est temps, aux sous-parties I.B) i) a) et b), de faire le point. En 1979, la Cour suprême crée l'égalité Québec-Manitoba en jumelant les arrêts *Blaikie* et *Forest*, un coup qui permet d'associer le recul de la loi 101 au Québec à un gain pour le français au Manitoba. En 1985, elle sauve le Manitoba du chaos en dissertant sur l'existence de principes métajuridiques qu'elle cueille ici et là. Elle accroît ainsi son pouvoir. Il apparaît alors clairement que la Cour suprême, comme le veut la théorie du philosophe du droit Michel Troper, jouit d'une liberté complète dans l'interprétation de la Constitution. La crise Québec-Canada s'étant transportée dans son enceinte, elle choisit de jouer pleinement son rôle institutionnel, ce qui la contraint à révéler la véritable nature de son pouvoir. Mais la Cour suprême s'avance armée d'une stratégie. Pour protéger et accroître son pouvoir, elle sait qu'elle ne peut agir à sa guise. Ainsi, elle feint d'être liée par un texte qui contient une norme qui préexiste à sa décision. Elle trouve son alibi dans l'intention législative sur les langues officielles au Canada.

- Sous-partie I.B) i) b) : D'abord, Pierre Elliott Trudeau croit qu'il faut, pour répondre à la crise de l'unité canadienne, freiner le mouvement voulant ériger le Québec en État français. Il sait que des outils pour piéger le Québec sont disponibles à cette fin. Il les saisit, en rajoute et crée une politique linguistique qui renforce ce piège. Mais ce faisant, rien n'obligeait les juges à reprendre conséquemment à leur compte les mécanismes symétriques – puisque aucun texte n'oblige les juges à trancher une question d'une façon ou d'une autre. Ils sont libres de juger comme bon leur semble. Reste toutefois qu'ils cherchent, comme l'indique la théorie de Michel Troper, à protéger et accroître leur pouvoir. Ils le cachent ainsi derrière la façade d'un texte qu'ils présentent comme contenant une signification préexistante à leurs décisions. Ils développent aussi une jurisprudence qu'ils veulent la plus cohérente possible de façon à démontrer qu'ils sont liés et non libres. Leur pouvoir camouflé, les juges limitent

¹ Hubert GUINDON, « De l'usage "canadian" des minorités », (1995) 19 : 1-2 *Possibles* 172, 184.

les possibilités que d'autres acteurs contestent leurs décisions. Au sujet des droits linguistiques, force est donc d'admettre que les juges pouvaient ne pas donner effet à un quelconque dessein politique pensé à Ottawa, mais que l'intention législative sur les langues officielles au Canada leur est apparue comme un moyen efficace pour protéger et accroître leur pouvoir. Sur des questions controversées, ils peuvent justifier leur décision en disant que le résultat ne leur appartient pas. Considérant que l'intention législative sur les langues officielles au Canada est stable d'un événement à l'autre (1867, 1969, 1982, 1988 et 2005), celle-ci permet de donner une mesure de cohérence inespérée : la symétrie. Elle donne même l'occasion d'accroître le pouvoir judiciaire, car telle était justement l'intention. Enfin, c'est parce qu'elle s'appuie sur une méthode éprouvée, retrouvée dans l'étude des théories élaborées pour comprendre la problématique soumise à leur regard (qui valident le fait que la politique linguistique canadienne est fondée sur le mythe de l'égalité), que la stratégie qu'adoptent les tribunaux pour trancher les affaires de droits linguistiques sait convaincre les autres acteurs juridiques. Les juges, soucieux de trouver la meilleure façon de protéger et d'accroître leur pouvoir, ont donné vie au piège de Trudeau parce qu'ils y trouvaient un avantage.

- Sous-partie I.B) ii) a) : L'accord du 5 novembre 1981 témoigne de l'intention de renforcer la construction symétrique de la politique linguistique canadienne. Les parlementaires le répètent constamment lorsque le projet de rapatriement est étudié à Ottawa. L'asymétrie est ainsi ouvertement crainte ; elle est aussi directement battue. L'intervention d'associations de défense des droits des francophones minoritaires devant le comité d'étude annonce de nouvelles divisions à venir dans la francophonie canadienne. Québec refuse, et refusera de signer. Le piège de Pierre Elliott Trudeau est appelé à trouver de nouveaux fondements dans la Constitution : on veut accroître le pouvoir des juges en la matière.

Du 5 au 18 novembre 1981, le gouvernement fédéral échange en privé avec des représentants de l'opposition officielle à l'Assemblée nationale afin de trouver une formule (notamment sur les droits linguistiques) qui permettrait à un prochain gouvernement du Québec de signer l'entente constitutionnelle. Le 20 novembre 1981, une nouvelle version du projet de rapatriement est déposée à Ottawa. Elle contient une clause d'adhésion qui suspend pour le Québec seulement un sous-paragraphe du droit à l'instruction dans la langue de la minorité.

Est-ce un élément qui introduit une part d'asymétrie dans la *Loi constitutionnelle de 1982* ? Un élément qui constitue un tremplin permettant le renforcement de la structure symétrique de la politique linguistique canadienne ? L'interprétation que retiendront les tribunaux est celle qui permettra le mieux de protéger et d'accroître leur pouvoir. Ils la retrouveront grâce aux théories de la conception de la politique linguistique canadienne, qui situent 1982 dans la suite de 1867 et 1969.

- Sous-partie I.B) ii) b) : Au lendemain du rapatriement constitutionnel, le droit à l'instruction dans la langue de la minorité est interprété par la Cour d'appel de l'Ontario dans le *Renvoi ontarien* de 1984 et quelques semaines plus tard la même année par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Quebec Protestant School Boards*. Les théories de la conception de la politique linguistique canadienne aident la Cour d'appel de l'Ontario à énoncer un droit de gestion et de contrôle des écoles pour les minorités officielles. La Cour suprême déclare, au terme d'un travail semblable, que le droit à l'instruction dans la langue de la minorité comprend un régime uniforme auquel Québec ne peut se soustraire d'aucune manière. L'arbre de la discorde croît en force.

En 1986, la Cour suprême publie trois arrêts simultanément. Elle est divisée, entre juges majoritaires et minoritaires, sur l'approche qu'elle doit adopter afin de protéger et accroître son pouvoir. Doit-elle privilégier une interprétation large ou restrictive des droits linguistiques ? Elle est toutefois unanime sur l'essentiel : l'interprétation est fondée sur l'histoire législative (*Macdonald, Bilodeau et Société des Acadiens*), sur l'égalité Québec-Manitoba (lorsqu'elle se pose : *Macdonald et Bilodeau*, ce qui oppose le Québec et les francophones minoritaires) et sur les théories de la conception de la politique linguistique canadienne (*Macdonald, Bilodeau et Société des Acadiens*). Ce dernier point explique que le Nouveau-Brunswick pourrait être traité différemment des autres ressorts contraints au bilinguisme législatif et judiciaire.

En plein débat sur la ratification de l'accord du lac Meech, la Cour suprême ouvre en 1988 une porte en discutant de la situation particulière du Québec dans les affaires *Ford et Devine*. Cette ouverture représente-t-elle la première manifestation d'une interprétation asymétrique susceptible de faire converger les intérêts du Québec et des francophones minoritaires ? Non, car tout semble indiquer qu'il s'agit plutôt d'un mirage. Celui-ci n'est jamais formulé en

puisant dans l'histoire législative ou à l'aide d'une stratégie pouvant remplacer celle voulant que les juges fondent leurs décisions sur l'intention législative relative aux langues officielles au Canada lue conformément aux théories de la conception de la politique linguistique. Il ne saura donc s'imposer. La francophonie canadienne est toujours appelée à se diviser dans l'avenir. En 1988, la Cour suprême rend aussi l'arrêt *Mercurie*, qui permet, sur la base d'une histoire législative distincte, à la Saskatchewan et à l'Alberta de librement s'éloigner du bilinguisme législatif.

- Sous-partie II.A) i) a) : L'année 1988 est aussi marquée par l'adoption à Ottawa d'une nouvelle *Loi sur les langues officielles*. Après 1867, 1969 et 1982, la politique linguistique doit maintenant encadrer le pouvoir fédéral de dépenser pour promouvoir largement dans la société canadienne, et non uniquement dans les institutions fédérales, les deux langues et les deux minorités officielles. Les parlementaires manifestent toujours une intention symétrique. L'échange Rémillard-Bouchard de l'été 1988 permet de confirmer qu'une intention contraire est intenable, considérant le mythe de l'égalité qui fonde la politique linguistique canadienne.

- Sous-partie II.A) i) b) : Au tournant des années 1990, la Cour suprême rend d'une part trois décisions dans lesquelles elle réitère l'interprétation symétrique. Dans l'arrêt *Mahé* (1990), elle reconnaît aux minorités officielles un droit de gestion et de contrôle de leurs écoles. Québec était intervenu, en vain, pour court-circuiter cette prétention que portaient les francophones minoritaires et la communauté anglo-québécoise. La position du procureur général du Québec, qui cherchait pourtant à défendre la souveraineté québécoise en matière d'éducation, est taxée d'indignité pour ce qu'elle impose de fardeau supplémentaire aux minorités francophones. Québec est piégé. En 1992, le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* et l'arrêt *Sinclair* réitèrent une nouvelle fois l'égalité Québec-Manitoba. Tout est cohérent. Mais l'année suivante, la Cour suprême semble, d'autre part, rouvrir la porte à une interprétation asymétrique dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*. Pourrait-elle servir la convergence des intérêts du Québec et des francophones minoritaires ? Probablement pas, car comme pour l'arrêt *Ford* en 1988, l'ouverture n'est fondée ni sur l'histoire législative ni sur une stratégie de remplacement à celle voulant que les juges fondent leurs décisions sur l'intention législative relative aux langues officielles au Canada, lue conformément aux théories de la conception de la politique linguistique. Dans les

circonstances, le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques au Manitoba* de 1993 semble être une nouvelle apparition du mirage de l'asymétrie.

- Sous-partie II.A) ii) a) : À la fin du siècle, la Cour suprême publie ce que plusieurs auteurs appellent la seconde trilogie. À cette occasion, elle revient sur le débat qu'elle avait tenu en 1986. Entre l'interprétation large ou l'interprétation restrictive des droits linguistiques, laquelle est la meilleure pour protéger et accroître le pouvoir judiciaire ? Avec le *Renvoi sur la sécession* (1998) et l'arrêt *Beaulac* (1999), la Cour suprême choisit cette fois l'interprétation large. L'arrêt *Arseneau-Cameron* (2000) confirme ce changement de cap. Le nouveau choix est fondé sur l'histoire législative. En tournant le dos à la trilogie de 1986, qui était favorable à la souveraineté des provinces et donc à la politique linguistique québécoise (voir l'arrêt *MacDonald*), la seconde trilogie fait avancer les droits des minorités officielles au détriment de la souveraineté des provinces et du gain québécois enregistré en 1986. À la fin du siècle, le mirage de l'asymétrie, apparu dans des décisions judiciaires en 1988 et 1993, se dissipe.

- Sous-partie II.A) ii) b) : En 2001, les cours d'appel du Québec, de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick rendent chacune une décision pouvant laisser croire que l'asymétrie de principes a vu le jour. Trois dossiers *a priori* de même nature donnent lieu à une décision favorable à la souveraineté du Québec en matière d'organisation municipale et à deux décisions favorables à l'interprétation large des droits des francophones minoritaires en Ontario et au Nouveau-Brunswick. Or, les faits de chacune des affaires *Wesmount*, *Lalonde* et *Charlebois* sont très différents et l'histoire législative relative à chacune d'entre elles justifie qu'elles soient tranchées distinctement. Ainsi, ces décisions ne nuancent pas la thèse du présent ouvrage. Elles la renforcent.

En 2005, la Cour suprême publie simultanément les arrêts *Solski* et *Gosselin*, qui laissent entendre comme jamais que le contexte particulier du Québec est pris en compte dans l'interprétation des droits linguistiques. Or, plutôt que de permettre le développement d'une asymétrie susceptible de réconcilier la francophonie canadienne, cette prise en compte se fait dans le cadre d'une approche symétrique. Car la situation du Québec est pleinement mesurée, de même que celle des minorités officielles, et ce, afin que des principes uniformes soient élaborés à partir du droit à l'instruction dans la langue de la minorité. L'intention législative

sur les langues officielles au Canada apparaît dans les motifs. Six associations de défense des intérêts des minorités francophones étaient intervenues contre Québec. La Cour suprême confirme alors qu'elles avaient raison de vouloir intervenir en ce sens afin que leur situation soit prise en compte. L'arrêt *Doucet-Boudreau* (2003), collé aux faits particuliers de la Nouvelle-Écosse, ne laisse quant à lui jamais entendre que la Cour suprême pourrait trancher autrement dans une affaire semblable ailleurs au Canada, y compris au Québec.

- Sous-partie II.B) i) a) : L'année 2005 est également l'année du cinquième événement construisant l'intention législative sur les langues officielles. Après celui de 1988, il s'agit maintenant de rendre susceptible de contrôle judiciaire l'engagement fédéral de promouvoir largement les deux langues et les deux communautés officielles dans la société canadienne. La présence du Bloc québécois à la Chambre des communes, notamment, conduit les législateurs à justifier l'intention symétrique. Le Bloc se retrouve toutefois seul, ou presque, devant l'indépassable mythe de l'égalité. L'arbre est solidement enraciné.

- Sous-partie II.B) i) b) : De fin 2005 jusqu'à aujourd'hui, la Cour suprême poursuit son œuvre symétrique. Au sujet du droit à l'instruction dans la langue de la minorité, les arrêts *Nguyen* (2009), *Rose-des-vents* (2015) et *Commission scolaire du Yukon* (2015) démontrent que Québec gagne ce qui échappe aux minorités francophones (le pouvoir d'encadrer l'accès à l'école de la minorité officielle) et que les francophones minoritaires récoltent les gains enregistrés par la communauté anglo-québécoise (le contrôle serré de la mise en œuvre du droit à l'instruction dans la langue de la minorité). L'arrêt *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique* (2020) apporte une explication supplémentaire au sort réservé à la loi 101 dans l'arrêt *Nguyen*. Selon le juge Wagner, qui écrit pour la majorité, une mesure jugée contraire au droit à l'instruction dans la langue de la minorité est « particulièrement difficile à justifier » et doit être « analysée et justifiée en vertu d'une norme des plus sévère ». La situation, difficile pour la Colombie-Britannique, l'est tout autant pour le Québec, qui cherche à protéger le français. Juridiquement, la méfiance des minorités francophones (deux associations interviennent contre Québec dans *Nguyen*) et celle du Québec (qui intervient pour appuyer le gouvernement du Yukon en 2015) sont fondées. Pour le reste, les arrêts *Charlebois* (2005), *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique* (2013) et *Caron* (2015) confirment qu'une décision se distinguera de la symétrie entre le Québec et le

reste du Canada si elle est fondée sur une histoire législative distincte, mais qu'elle s'en rapprochera si elle est rattachée à l'intention législative sur les langues officielles au Canada. Les motifs des juges majoritaires et minoritaires l'expriment.

- Sous-partie II.B) ii) a) : La division de la francophonie canadienne devant la Cour suprême du pays s'est exprimée dans huit affaires différentes. Bien qu'elle puisse trouver des justifications du point de vue juridique, elle demeure, de tous les autres points de vue, injustifiable. Dans les circonstances, des auteurs ont voulu savoir si les tribunaux n'étaient pas en mesure de trouver une voie permettant une éventuelle réconciliation. Certains ont même prétendu que celle-ci était déjà balisée. Il appert toutefois que la réconciliation ne pourra avoir lieu sur les fondements de simples éléments pouvant ressembler à une interprétation asymétrique des droits linguistiques. La politique linguistique canadienne force les acteurs de la francophonie à prendre position, et ceux-ci cherchent à protéger leurs intérêts propres, que ce soient ceux du Québec ou des francophones minoritaires, en empruntant le chemin le plus sûr. Et le chemin le plus sûr ne repose pas sur les indices d'asymétrie pigés ici et là. Pour paver la voie de la réconciliation, la francophonie aura besoin d'une asymétrie de principes et, pour ce faire, il faudra contraindre les tribunaux à la créer.

Notre première hypothèse se confirme donc : l'asymétrie de principes n'émerge pas dans la jurisprudence mettant en cause les droits linguistiques constitutionnels. Les 37 décisions judiciaires étudiées en témoignent. Ces dernières, lues à l'aide de la théorie réaliste de Michel Troper, révèlent aussi que les juges, qui sont des acteurs stratégiques, ont institutionnellement intérêt à retenir une interprétation symétrique des droits linguistiques constitutionnels. C'est alors notre deuxième hypothèse qui se confirme.

- Sous-partie II.B) ii) b) : Depuis l'élection du gouvernement de François Legault à Québec le 1^{er} octobre 2018, plusieurs croient le contexte politique propice à un rapprochement entre le Québec et les francophones minoritaires. Quelques formules ont été empruntées au cours de l'histoire afin d'entretenir les liens, mais aucune ne semble être en mesure de ressouder la francophonie canadienne sur la question des droits linguistiques. Une quatrième est donc proposée en l'espèce, fondée sur les postulats de la théorie de Michel Troper. Le Québec et les francophones minoritaires pourraient conséquemment unir leurs forces, en agissant de concert, librement, sans concevoir leurs actions à partir des termes imposés par la politique

linguistique canadienne, afin de créer des contraintes juridiques susceptibles d'amener les tribunaux à reconnaître l'asymétrie de principes dans l'interprétation des droits linguistiques canadiens. Il s'agit de rendre celle-ci institutionnellement avantageuse pour les juges, qui sont des acteurs stratégiques. Un plan de concertation des acteurs juridiques de la francophonie pour une position commune devant les tribunaux pourrait être adopté, accompagné possiblement de demandes de modifications à la Constitution et de révision du mode de nomination des juges fédéraux. Risquer paraître hostile à la principale minorité nationale du Canada, une voie à être associée à la symétrie que la Cour suprême pourrait chercher à éviter, car contraire à son désir de protéger son pouvoir. C'est ainsi qu'est envisagé notre troisième hypothèse : dégager, à l'aide de la théorie des contraintes juridiques, des actions – que peuvent poser les acteurs juridiques de la francophonie canadienne – susceptibles de contraindre les juges à favoriser l'interprétation asymétrique des droits linguistiques constitutionnels. Il s'agit de contraindre la Cour suprême à fonder ses décisions sur ce qui relève pourtant de l'évidence : entre l'une et l'autre des langues officielles, seule la langue française est fragile, et ce, partout au Canada, y compris au Québec. De l'intention législative sur les langues officielles, elle pourrait vouloir passer à une nouvelle stratégie désormais mieux à même de protéger son pouvoir : l'égalité du français et de l'anglais, mais pensée à l'échelle canadienne.

S'il faut résumer le propos une dernière fois, disons que le juge canadien a remarqué, dès qu'il a été contraint à prendre position, que la meilleure stratégie était pour lui, dans les dossiers de droits linguistiques, de raccrocher l'exercice d'interprétation à l'intention législative sur les langues officielles au Canada. Pourquoi ? Parce qu'il a constaté que c'était une voie lui permettant de protéger l'institution judiciaire et d'accroître son pouvoir.

On l'a vu, le juge ne pouvait s'y lancer n'importe comment. Michel Troper indique que l'une des méthodes permettant de donner forme à l'intention législative est de l'aborder à partir de théories construites pour comprendre la problématique à l'étude. Pour ce qui est des droits linguistiques, la stratégie consiste à lire l'intention législative en se fondant sur les théories de la conception de la politique linguistique canadienne. La présente thèse n'indique pas que ces théories formalisées par des auteurs comme Joseph Eliot Magnet, Angéline Martel et Kenneth McRoberts sont citées dans la jurisprudence. Elle démontre plutôt que le mythe de

l'égalité – théorisé par ces auteurs – revient explicitement dans plusieurs des 37 décisions pertinentes, et que l'histoire législative – qui donne vie à ce mythe canadien – est utilisée dans presque toutes ces décisions. Tout pointe donc dans cette direction. Troper nous permet de mettre le doigt sur ce qui peut être la méthode derrière la stratégie judiciaire observée. Et l'interprétation symétrique des droits linguistiques triomphe lorsque le Québec et au moins un autre ressort canadien sont concernés.

Le juge canadien ne s'est pas trompé : l'histoire législative donne au juge un alibi, elle lui permet de cacher son pouvoir. L'interprétation symétrique des droits linguistiques a servi l'institution judiciaire. Elle donne cohérence et stabilité à la jurisprudence (sur un point central), ce qui renforce sa fiabilité auprès des autres acteurs juridiques et positionne stratégiquement l'institution judiciaire au cœur du système canadien.

Plus concrètement, l'histoire législative a permis de consacrer le caractère intangible de l'article 133 de la L.C. 1867, ce qui a donné au pouvoir judiciaire de nouveaux moyens de contrôle (voir les arrêts *Jones* [1975], *Blaikie* [1979 et 1981], *Forest* [1979] et *Sinclair* [1992] et le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* de 1992). L'interprétation symétrique en découlant a été l'occasion d'énoncer des principes constitutionnels non écrits, métajuridiques, affirmant le pouvoir dominateur de la Cour suprême du Canada dans l'interprétation de la Constitution (c'est le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* de 1985). Grâce à l'interprétation symétrique et à l'élaboration de grands principes trouvant uniformément application à travers le Canada, les tribunaux ont pu donner à leur jurisprudence la prétention de viser directement tous les parlements du pays (voir le *Renvoi ontarien* de 1984 et les arrêts *Quebec Protestant School Boards* [1984], *Mahé* [1990], *Solski* [2005] et *Gosselin* [2005]). Au passage, les tribunaux ont pu s'octroyer un pouvoir de surveillance accru (c'est l'arrêt *Doucet-Boudreau* [2003]). La symétrie a également permis d'établir un pouvoir de contrôle très fort (voir les arrêts *Nguyen* [2009] et *Commission scolaire francophone de la Colombie-Britannique* [2020]).

Bien en selle, la stratégie développée a rendu la jurisprudence adaptable à différents contextes, en permettant que soit privilégiée pour un moment une interprétation restrictive des droits linguistiques (lors de la trilogie formée des arrêts *MacDonald*, *Bilodeau* et *Société des Acadiens* de 1986) et pour un autre une interprétation large (il s'agit de la seconde trilogie,

avec le *Renvoi sur la sécession* de 1998 et les arrêts *Beaulac* et *Arsenault-Cameron* de 1999 et 2000). Les cours d'appel provinciales ont pu aussi la récupérer pour intervenir distinctement sur des affaires précisent sans qu'il n'y ait d'incohérences (voir les arrêts *Westmount*, *Lalonde* et *Charlebois* de 2001) et la Cour suprême l'a appliquée pour parfois être plus flexible avec certaines provinces anglophones (voir les arrêts *Charlebois* [2005], *Commission scolaire francophone de la Colombie-Britannique* [2013] et *Caron* [2015]). La symétrie peut même maintenant se justifier d'elle-même, sans qu'il soit nécessaire de plonger dans l'histoire législative (avec les arrêts *Rose-des-vents* [2015] et *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire # 23* [2015]), comme à l'époque où cette question ne portait pas à controverse (souvenons-nous des arrêts *Robinson* [1891] et *Dubois* [1935])

Il y a bien eu quelques détours donnant à certains l'espoir d'un début d'interprétation asymétrique (notamment avec l'arrêt *Ford* [1988] et le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques au Manitoba* de 1993). Mais le fait que ces affaires ne soient pas raccrochées à l'histoire législative renforce la présente thèse. Sans stratégie de remplacement, c'est l'interprétation symétrique qui s'imposera dans l'interprétation des droits linguistiques qui concernent le Québec et au moins un autre ressort au Canada.

On a vu en introduction qu'il existe une typologie des contraintes juridiques. Les contraintes internes et les contraintes au sens faible pèsent sur la liberté dont jouit le juge lorsqu'il exerce son pouvoir d'interprétation. Ce dernier se voit contraint de trouver les bonnes justifications et de chercher une façon de s'assurer l'obéissance des autres acteurs. Ainsi, les contraintes peuvent : 1) avoir des effets sur le discours juridique, en induisant par exemple la création d'une nouvelle norme juridique ; 2) amener les juges, à différents degrés, à adopter une voie plutôt qu'une autre pour parvenir à leurs fins ; et 3) limiter les choix des juges en les incitant à respecter une norme juridique qu'ils ont eux-mêmes préalablement créée. Ce sont les contraintes qui orientent et réorientent la jurisprudence. Les acteurs juridiques qui forment la francophonie canadienne peuvent agir.

C'est dans cette optique qu'est venue la suggestion d'un plan de concertation entre le Québec et les minorités francophones pour une position commune devant les tribunaux. Situé dans le contexte d'une plus large offensive constitutionnelle, le plan implique une série d'actions juridiques susceptibles d'associer l'interprétation symétrique à une voie hostile à

l'épanouissement de la principale minorité nationale du Canada. Ce manque d'ouverture de la part du pouvoir judiciaire, s'il pouvait susciter questionnements, remises en cause et perte de prestige, pourrait provoquer une cassure. Diminuant l'attrait de la symétrie, le juge pourrait se mettre à douter fondamentalement. Peut-être n'est-elle plus la meilleure stratégie à adopter dans les dossiers de droits linguistiques. Peut-être y a-t-il dans l'asymétrie de principes une voie plus apte à protéger l'existence institutionnelle du pouvoir judiciaire canadien de même que son prestige.

Il s'agit de remettre la francophonie en marche, de lui permettre de reprendre l'initiative et de passer à l'offensive. S'en tenir à l'espace consenti par la majorité anglo-canadienne n'a fait jusqu'ici que consacrer la division. Il y a lieu maintenant de prendre de la hauteur. Puis l'une et l'autre des suggestions de contraintes décrites ici peuvent évidemment être repensées pour que d'autres combats menés par le Québec et les minorités francophones soient intégrés dans un plan plus global. La francophonie canadienne n'est pas préoccupée que par le débat symétrie-asymétrie. Son unité retrouvée, elle pourra vouloir faire avancer d'autres dossiers à l'intérieur du Canada, comme celui de sa représentation politique, celui de l'intégration des immigrants, ou d'autres encore.

Le temps presse. Le premier ministre Justin Trudeau promettait une réforme de la *Loi sur les langues officielles* s'il était réélu à l'automne 2019. Il l'a été, quoique en tant que chef d'un gouvernement minoritaire. Tous les partis politiques fédéraux promettaient de s'y mettre après l'élection². Un projet de loi, d'abord prévu pour juin 2020, pourrait plutôt être à l'ordre du jour en 2021³. Du côté de Québec, un sommet sur le « rapprochement des francophonies canadiennes » doit avoir lieu au mois de juin 2021. L'objectif est d'arriver à l'écriture d'une nouvelle politique québécoise en matière de francophonie. On y est donc. Profitons de la conjoncture pour sortir des sentiers battus.

Pendant ce temps, Doug Ford, qui n'a pas la réputation d'un francophile, est toujours premier ministre de l'Ontario. Au Nouveau-Brunswick, un parti politique susceptible de s'attaquer à

² Manon CORNELLIER, « Langues officielles : l'anniversaire raté », *Le Devoir*, 15 mai 2019, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/editoriaux/554353/langues-officielles-l-anniversaire-rate>> (consulté le 18 juin 2019).

³ Antoine TRÉPANIÉ, « La Loi sur les langues officielles ne sera pas modernisée avant 2021 », *Radio-Canada*, 24 juin 2020, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1714936/loi-langues-officielles-modernisation-retard-pandemie>> (consulté le 10 juillet 2020).

certain gains fait au cours des années par les Acadiens – L’Alliance des gens du Nouveau-Brunswick – gagne en popularité. Il a fait élire quelques députés à l’élection provinciale de 2018 et constitue, étant donné la position minoritaire du gouvernement en place, un acteur politique important. À l’approche de la prochaine élection provinciale (le scrutin est prévu pour le 14 septembre 2020), des Acadiens du Nouveau-Brunswick ne cachent pas leur malaise⁴. Et l’élection des conservateurs de Jason Kenney en Alberta lors de l’élection d’avril 2019 alimente la crainte des Franco-Albertains de perdre les quelques mesures favorables à leurs droits qu’avait précédemment promis le gouvernement néo-démocrate de Rachel Notley. Récemment, le gouvernement albertain a procédé à des coupures budgétaires affectant l’enseignement post-secondaire en français⁵.

Dans les circonstances, des associations de défense de la francophonie minoritaire en Ontario et au Nouveau-Brunswick ont jugé bon de s’allier à l’organisme porte-parole des Anglo-Québécois sur différents dossiers dans un accord formalisant un front commun. À l’occasion de son dévoilement en juillet 2019, l’Assemblée de la francophonie de l’Ontario et la Société de l’Acadie du Nouveau-Brunswick se sont portées à la défense de la commission scolaire anglophone de Montréal qui s’oppose au transfert de deux de ses écoles à une commission scolaire francophone⁶. L’accord a été unanimement dénoncé⁷. L’histoire bégaye. Mais le ressac créé par l’épisode pousse la francophonie dans l’autre direction. Le sommet sur le « rapprochement des francophonies canadiennes », qui doit avoir lieu à Québec en juin 2021, pourrait déboucher sur la seule alliance viable.

⁴ Janique LEBLANC, « Blaine Higgs et les francophones : le malaise des progressistes-conservateurs », *Radio-Canada*, 29 août 2020, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1729995/blaine-higgs-mefiance-francophones-acadiens>> (consulté le 30 août 2020).

⁵ Jean-François NADEAU, « Des francophones poursuivent le gouvernement albertain », *Le Devoir*, 18 août 2020, p. A5.

⁶ Catherine LÉVESQUE et LA PRESSE CANADIENNE, « La Commission scolaire English-Montreal conteste devant les tribunaux le transfert de deux écoles », *Le Devoir*, 3 juillet 2019, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/societe/education/557890/commission-scolaire-english-montreal>> (consulté le 20 août 2019).

⁷ Serge MIVILLE et Stéphanie CHOUNARD, « La relation paradoxale du Québec et de la francophonie canadienne », *Le Devoir*, 6 juillet 2019, p. B9 ; Rémi LÉGER, Linda CARDINAL et Michel DOUCET, « L’illusion de la symétrie entre les minorités linguistiques du Canada », *Le Devoir*, 9 juillet 2019, p. A7 ; Éric POIRIER, « Francophonie : il faut revoir la politique linguistique canadienne », *Le Devoir*, 13 juillet 2019, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/idees/558610/francophonie-canadienne-il-faut-poser-la-question-du-regime>> (consulté le 20 août 2019).

Il se fait tard, très tard. Nous tournons en rond depuis trop longtemps. Québec doit maintenant prendre la tête. Le temps est venu de voir renaître une francophonie politique. Puis, se projetant elle-même dans l'avenir, en prenant son élan sur elle-même et sur son passé, en définissant elle-même ses objectifs⁸, qui sait ce qui pourra réapparaître à l'horizon lorsqu'elle aura repris le goût de la liberté politique ?

⁸ Jean-Claude CORBEIL, *L'aménagement linguistique du Québec*, Montréal, Guérin, 1980, p. 23.

BIBLIOGRAPHIE

TABLE DE LA LÉGISLATION

Textes adoptés par le Parlement britannique

Acte d'Union, 3-4 Vict., 1840, c. 35 (R.-U.)

Acte constitutionnel, 31 George III, 1791, c. 31 (R.-U.)

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

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U)

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.)

Textes adoptés par le Parlement fédéral canadien

Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais), L.C. 2005, c. 41

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26

Loi sur les langues officielles, L.C. 1988, c. 38

S.C. 1968-69, c. 54

Textes débattus devant le Parlement fédéral canadien

Projet de loi S-4, *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais)*, 3^e sess., 37^e légis., 2004 (première lecture à la Chambre des communes le 24 mars 2004)

Projet de loi S-11, *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais)*, 2^e sess., 37^e légis., 2003 (présentation du rapport du comité au Sénat le 4 novembre 2003)

Projet de loi S-32, *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais)*, 1^{re} sess., 37^e légis., 2001 (deuxième lecture au Sénat le 20 novembre 2001)

Textes adoptés par le Parlement québécois

Charte de la langue française, L.Q. 1977, c. 5

RLRQ, c. C-11

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12

Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, RLRQ, c. L-4.2

Loi concernant un jugement rendu par la Cour suprême du Canada le 13 décembre 1979 sur la langue de la législation et de la justice au Québec, L.Q. 1979, c. 61

Loi faisant suite aux décisions judiciaires en matière de langue d'enseignement, L.Q. 2010, c. 23

Loi modifiant la Charte de la langue française, L.Q. 2002, c. 28

Loi modifiant la Charte de la langue française, L.Q. 1983, c. 56

Loi modifiant principalement la Loi sur l'instruction publique relativement à l'organisation et à la gouvernance scolaires, L.Q. 2020, c. 1

Loi pour promouvoir la langue française au Québec, L.Q. 1969, c. 9

Loi relative à l'interprétation des lois de la province, S.Q. 1937, c. 13

Loi relative à la Loi I George VI, chapitre 13, S.Q. 1938, c. 22

Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec, RLRQ, c. E-20.2

Loi sur la laïcité de l'État, RLRQ, c. L-0.3

Loi sur la langue officielle, L.Q. 1974, c. 6

Textes débattus devant le Parlement québécois

Projet de loi 591, *Loi affirmant la participation du Québec au processus de nomination des juges de la Cour suprême du Canada pour le Québec*, 1^{re} sess., 41^e légis., 2016 (présentation à l'Assemblée nationale le 25 février 2016)

Textes adoptés par d'autres assemblées législatives

An Act to Provide that the English Language shall be the Official Language of the Province of Manitoba, S.A. 1890, c. 14

Loi linguistique, S.A. 1988, c. L-7.5

Loi relative à l'usage du français et de l'anglais en Saskatchewan, S.S. 1988-89, c. L-6.1

Loi sur les langues officielles, L.N.B. 1969, c. 14

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

Jurisprudence canadienne

156158 Canada Inc. c. Québec (Attorney General), 2017 QCCA 2055

Abbey v. Essex County Board of Education, (1999) 42 O.R. (3d) 481 (C.A.); (1999) 42 O.R. (3d) 490 (C.A.)

Air Canada c. Joyal, [1982] C.A. 39

Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard, [2000] 1 R.C.S. 3

Association des Gens de l'air du Québec Inc. c. Lang, [1978] 2 C.F. 371 (C.A.F.)

Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation), 2015 CSC 21

Attorney general for Canada v. Attorney General for Nova-Scotia, [1951] R.C.S. 31

Bilodeau c. Manitoba (Procureur général), [1986] 1 R.C.S. 449

Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal c. Ministre de l'Éducation du Québec, [1976] C.S. 430

Canada (Langues officielles) c. CBC/Radio-Canada, 2014 CF 849

Canadian Pacific Railway Company v. Robinson, (1891) 19 S.C.R. 292; [1892] A.C. 481, [1892] U.K.P.C. 37

Caron c. Alberta, 2015 CSC 56

Charlebois c. Mowat, 2001 NBCA 117

Charlebois c. Saint John (Ville), [2005] 3 R.C.S. 563

Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureur général), 2015 CSC 25

Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique, 2013 CSC 42

Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique, 2020 CSC 13

DesRochers c. Canada (Industrie), 2009 CSC 8

Devine c. Québec (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 790

Dionne c. Canada (Bureau du surintendant des institutions financières), 2019 CF 879

Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse, [2003] 3 R.C.S. 3

Entreprises W.F.H. Ltée c. Québec (Procureur général), [2001] R.J.Q. 2557 (C.A.)

Fédération des francophones de la Colombie-Britannique c. Canada (Ministère de l'Emploi et du Développement social), 2018 CF 530

Ford c. Québec (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 712

Galganov v. Russell (Township), 2012 ONCA 409

Gosselin (Tuteur) c. Québec (Procureur général), [2005] 1 R.C.S. 238 ; [2000] R.J.Q. 2973 (C.S.)

Hôpital Reine-Élisabeth de Montréal c. Rochon, [1996] R.J.Q. 1862 (C.S.) ; [1996] R.J.Q. 2804 (C.A.)

Jones c. Nouveau-Brunswick (Procureur général), [1975] 2 R.C.S. 182

Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé), (2001) 56 O.R. (3d) 505 (Ont. C.A.)

Lavigne c. Canada (Développement des ressources humaines), [2002] 2 CF 164 ; conf. 2003 CAF 203

MacDonald c. Montréal (Ville), [1986] 1 R.C.S. 460

Mahé c. Alberta, [1990] 1 R.C.S. 342

Manitoba (Procureur général) c. Forest, [1979] 2 R.C.S. 1032

Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport), 2009 CSC 47 ; 2007 QCCA 1111

Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson, 2005 CSC 16

Ontario (Attorney General) v. Canada (Attorney General), [1947] A.C. 127, [1947] U.K.P.C. 1

Québec (Procureur général) c. Blaikie, [1979] 2 R.C.S. 1016 ; [1978] C.A. 351 ; [1978] C.S. 37

Québec (Procureur général) c. Blaikie, [1981] 1 R.C.S. 312

Québec (Procureure générale) c. Magasins Best Buy ltée, 2015 QCCA 747

Québec (Procureur général) c. Quebec Association of Protestant School Boards, [1984] 2 R.C.S. 66; [1982] C.S. 673

R. c. Beaulac, [1999] 1 R.C.S. 768

R. c. Mercure, [1988] 1 R.C.S. 234

R. c. Prosper, [1994] 3 R.C.S. 236

R. c. Wetmore, [1983] 2 R.C.S. 284

Raïche c. Canada (Procureur général), [2005] 1 R.C.F. 93

Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights, (1984) 47 O.R. (2d) 1 (C.A.)

Reference re the Final Report of the Electoral Boundaries Commission, 2017 NSCA 10

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

Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753

Renvoi relatif à la réforme du Sénat, 2014 CSC 32

Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6, 2014 CSC 21

Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839

Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313

Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217

Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, [1992] 1 R.C.S. 212

Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution, [1982] 2 R.C.S. 793

Sinclair c. Québec (Procureur général), [1992] 1 R.C.S. 579

Société des Acadiens c. Association of Parents, [1986] 1 R.C.S. 549

Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada, [2008] 1 R.C.S. 383

Solski (Tuteur) c. Québec (Procureur général), 2005 CSC 14

The King v. Dubois, [1935] S.C.R. 378

Thibodeau c. Air Canada, 2014 CSC 67

Westmount (Ville) c. Québec (Procureur général), [2001] R.J.Q. 2520 (C.A.)

Autre décision/avis

Ballantyne c. Canada, communicationno359/1989, et *McIntyre c. Canada*, communication no 385/1989, CCPR/C/47/D/385/ 1989, 5 mai 1993

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

Cadre théorique

ALLAND, Denis, « La théorie réaliste de l'interprétation et des contraintes juridiques à l'épreuve du droit international public », (2012) 55 *Droits* 85

BOUDON, Julien, « La "théorie" des contraintes juridiques à l'épreuve américaine », (2012) 55 *Droits* 103

BRUNET, Pierre, « Introduction : le réalisme scandinave, une épistémologie », (2014) 24 *Revus* 5

« Le réalisme n'est-il qu'une théorie de l'interprétation ? », dans *Réalisme, interprétation, transgression*, France, Larcier, 2013, archive ouverte pluridisciplinaire HAL, en

ligne : <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00840601/document>> (consulté le 2 juillet 2018)

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique et Michel TROPER, « Introduction », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 1

« Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 11

CROTTET, Brice, « Une tentative de reformulation de la théorie des contraintes : application à la question de la fragmentation du droit internationale », (2012) 7 *Jus Politicum* 1

DE BÉCHILLON, Denys, Pierre BRUNET, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Éric MILLARD, « Entretien avec Michel Troper », *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Denys DE BECHILLON, Pierre BRUNET, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Éric MILLARD (dir.), Paris, Economica, 2006, p. XXXV

DWORKIN, Ronald, *L'empire du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1994

ELSTER, Jon, « Droit et causalité », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 117

FOUBERT, Anne, « Les contraintes pesant sur le juge. L'exemple du droit du don », (2011) 54 *Droits* 95

FRANÇOIS, Bastien, « Une théorie des contraintes juridiques peut-elle n'être que juridique ? », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 169

GRZEGORCZYK, Christophe, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 25

HART, H.L.A., *Le concept de droit*, traduit de l'anglais par Michel van de Kerchove, 2^e éd., Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2005

JOUANJAN, Olivier, « La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes », (2011) 54 *Droits* 27

JUST, Gustavo, « Interpretative Choices and Objectivity-Oriented Legal Discourse : A Strategic Analysis of the ECtHR Ruling on the French Face Veil Ban », (2016) 29 *Int. J. Semiot Law* 577

Interpréter les théories de l'interprétation, Paris, L'Harmattan, 2005

LEBEN, Charles, « L'argumentation des juristes et ses contraintes chez Perelman et les auteurs du courant rhétorico-herméneutique », (2011) 54 *Droits* 49

LE COUSTOMER, Jean-Christophe, « Réalisme, scepticisme et contraintes juridiques », (2002) 36 *Droits* 161

LE PILLOUER, Arnaud, « Les contraintes d'un paradoxe : les lois constitutionnelles inconstitutionnelles. Réflexions à partir du cas indien », (2012) 55 *Droits* 113

MAGNON, Xavier, *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008

MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005

MEUNIER, Jacques, « Contraintes et stratégie en droit constitutionnel », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 187

MILLARD, Éric, « Le réalisme scandinave et la Théorie des contraintes », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 143

« Les contraintes, entre ressources stratégiques et théorie de la régularité », (2012) 55 *Droits* 23

« Réalisme scandinave, Réalisme américain. Un essai de caractérisation », (2014) 24 *Revus* 81

PFERSMANN, Otto, « Critique de la théorie des “contraintes juridiques” », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 123

PINAT, Cathie-Sophie, *Le discours de l'avocat devant la Cour de cassation. Étude de théorie du droit*, thèse de doctorat, Université de Montpellier, 2015

ROUSSEAU, Guillaume, « Theories of Interpretation and Interpretations of the Charter of the French Language: Quebec Language Policy between Legislative Intent and Judicial Activism », présentation lors de la quinzième Conférence internationale de l'Académie internationale de droit linguistique sur le droit et la langue, Université de Zhejiang, Hangzhou, Chine, communication, mai 2017

SCHNAPPER, Dominique, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, 2010

SÈVE, René, *Philosophie et théorie du droit*, Paris, Dalloz, 2016

- SOULEZ LARIVIÈRE, Daniel, « Le point de vue de l'avocat », dans Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, p. 109
- SUEUR, Jean-Jacques, *Une introduction à la théorie du droit*, Paris, L'Harmattan, 2001
- TROPER, Michel, « Argumentation et explication », (2011) 54 *Droits* 3
- « Avant-propos », dans Michel TROPER (dir.), *Comment décident les juges. La constitution, les collectivités locales et l'éducation*, Paris, Economica, 2008, p. V
- « Introduction », dans Michel TROPER (dir.), *Comment décident les juges. La constitution, les collectivités locales et l'éducation*, Paris, Economica, 2008, p. 1
- La philosophie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2003
- La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso, 2015
- La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 2001
- Le droit et la nécessité*, Paris, Presses universitaires de France, 2011
- Le gouvernement des juges, mode d'emploi*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2006
- Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1994
- TUSSEAU, Guillaume, « Le gouvernement [contraint] des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques – ou l'art partagé de ne pas pouvoir avoir toujours raison », (2012) 55 *Droits* 41
- VIALA, Alexandre, *L'essentiel de la philosophie du droit*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2017
- Problématique**
- AJZENSTAT, Janet, Paul ROMNEY, Ian GENTLES et William D. GAIRDNER, *Débats sur la fondation du Canada*, édition française préparée par Stéphane KELLY et Guy LAFOREST, traduit de l'anglais par Jude DES CHÊNES, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004
- ANGERS, François-Albert, *Les droits du français au Québec*, Montréal, Éditions du Jour, 1971
- ARBESS, Daniel J., « Limitations on Legislative Override Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms : A Matter of Balancing Values », (1983) 21 *Osgoode Hall L. J.* 113
- ARÈS, Richard, *Nos grandes options politiques et constitutionnelles*, Montréal, Bellarmin, 1972

- ASSOCIATION CANADIENNE-FRANÇAISE DE L'ALBERTA, *Mémoire*, présenté au Comité mixte spécial sur le renouvellement constitutionnel, Edmonton, janvier 1981
- ASSOCIATION CULTURELLE FRANCO-CANADIENNE DE LA SASKATCHEWAN, *Mémoire*, présenté au Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, novembre 1980
- ASSOCIATION DES JURISTES D'EXPRESSION FRANÇAISE DE L'ONTARIO, *Propos sur un projet de réforme constitutionnelle*, Ottawa, 2 février 1981
- ASSOCIATION FRANÇAISE DES CONSEILS SCOLAIRES DE L'ONTARIO, *La constitution canadienne 1980 [mémoire]*, présenté au Comité mixte spécial sur la constitution du Canada, novembre 1980
- ASSOCIATION FRANCO-ONTARIENNE DES CONSEILS SCOLAIRES CATHOLIQUES, *Mémoire*, déposé dans l'affaire *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2009 CSC 47, 13 novembre 2008
- ASSOCIATION FRANCO-ONTARIENNE DES CONSEILS SCOLAIRES CATHOLIQUES et ASSOCIATION DES CONSEILLERS (ÈRES) DES ÉCOLES PUBLIQUES DE L'ONTARIO, *Mémoire*, déposé dans l'affaire *Solski (Tuteur) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, 9 février 2004
- BALTHAZAR, Louis, « Le Québec et les minorités francophones du Canada », dans CONSEIL DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Pour un renforcement de la solidarité entre francophones au Canada : réflexions théoriques et analyse historique, juridique et sociopolitique*, Québec, Gouvernement du Québec, 1995, p. 81
- BASTARACHE, Michel, *Discours prononcé à l'occasion du Gala du 25^e anniversaire de la Commission nationale des parents francophones*, Winnipeg, octobre 2004
- « Fédéralisme asymétrique et langues officielles », dans *The McLachlin Court's First Decade : Reflections on the Past and Projections for the Future*, conférence prononcée dans le cadre de l'événement organisé à Ottawa le 19 juin 2009 par l'Association du Barreau canadien
- « Le principe d'égalité des langues officielles », dans Michel BASTARACHE et Michel DOUCET (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 89
- « Le rôle des tribunaux dans la mise en œuvre des droits linguistiques au Canada », (2010) 40 *R.G.D.* 221
- BASTIEN, Frédéric, *Après le naufrage : refonder le Parti québécois*, Montréal, Boréal, 2019
- La bataille de Londres : dessous, secrets et coulisses du rapatriement constitutionnel*, Montréal, Boréal, 2013

- BAYEFSKY, Anne, *Canada's Constitution Act 1982 & Amendments : A Documentary History*, vol. 1 et 2, Toronto, McGraw-Hill Ryerson Limited, 1989
- BAZIN, Jean et Réal FOREST (dir.), *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech : points de vue juridiques et politiques*, Montréal, Thémis, 1988
- BEAUDOIN, Gérald-A., « La compétence constitutionnelle et juridique pour instituer une langue de travail au Québec », dans *La situation de la langue française au Québec. Rapport de la Commission d'enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques au Québec*, vol. 2 « Les droits linguistiques », Québec, Éditeur officiel, 1972, p. 371, à la page 368
- La Constitution du Canada : institutions, partage des pouvoirs, droits et libertés*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004
- « Le décor historique et constitutionnel », (1983) 14 *R.G.D.* 227
- « Le fédéralisme canadien et les droits linguistiques », dans André BRAËN, Pierre FOUCHER et Yves LE BOUTHILLIER (dir.), *Langues, constitutionnalisme et minorités*, Markham, LexisNexis, 2006, p. 275
- BEAULAC, Stéphane, « L'asymétrie comme logique nécessaire en droits linguistiques : éclairage croisé Italie-Canada », dans L. O'DONNELL et P. DONOVAN (dir.), *La Loi 101 et les Québécois d'expression anglaise*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2019, en ligne : <https://stephanebeaulac.openum.ca/files/sites/84/2019/04/BEAULAC-Asymetrie-FINAL.pdf>
- BÉDARD, Éric, *Survivance : histoire et mémoire du XIX^e siècle canadien-français*, Montréal, Boréal, 2017
- BÉRARD, Frédéric, *Charte canadienne et droits linguistiques : Pour en finir avec les mythes*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2017
- BERGMAN, Michael N., *The Constitution and the English Language in Quebec : Education ; The Primacy of the French Language; Collective Rights*, Montréal, Quebec Community Groups Network, 2015
- BINETTE, André, *La fin de la monarchie au Québec : Pour une république du Québec dans le cadre canadien*, Montréal, Éditions du Renouveau québécois, 2018
- BOCK-CÔTÉ, Mathieu, *Fin de cycle : aux origines du malaise politique québécois*, Montréal, Boréal, 2012
- BOILEAU, François, « De nouvelles voies juridiques à explorer », (2002) 47 *Égalité* 37
- BONENFANT, Jean-Charles, « Cartier, sir George-Étienne », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 10, Université Laval/University of Toronto, 2003, en ligne : http://www.biographi.ca/fr/bio/cartier_george_etienne_10F.html (consulté le 20 octobre 2018)

- « L'esprit de 1867 », (1963) 17 : 1 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 19
- « Les craintes de la minorité anglo-protestante du Québec de 1864 à 1867 », (1971) 36 *Cahiers des dix* 55
- « Perspective historique de la rédaction des lois au Québec », dans Michel SPARER (dir.), *Propos sur la rédaction des lois*, Québec, Conseil de la langue française, 1979, p. 1
- BOUCHARD, Lucien, *À visage découvert*, Montréal, Boréal, 1992
- BRAËN, André, « L'affaire *Caron* : La Cour suprême à la recherche du compromis perdu ! », (2016) 3 *R.D.L.* 94
- « L'interprétation judiciaire des droits linguistiques au Canada et l'affaire *Beaulac* », (1998) 29 *R.G.D.* 379
- « La Cour suprême du Canada et les droits linguistiques : une certaine fatigue ! », dans Patrick TAILLON, Eugénie BROUILLET et Amélie BINETTE (dir.), *Un regard québécois sur le droit constitutionnel : mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 453
- « La Cour suprême et l'accès à l'école anglaise au Québec », (2005) 35 *R.G.D.* 363
- « La politique linguistique du Québec : le malaise ! », (2009) 11 *R.C.L.F.* 147
- BROUILLET, Eugénie, « Georges-Étienne Cartier et la naissance de la fédération canadienne », (automne 2014) 119 *Cap-aux-Diamants : la revue d'histoire du Québec* 25
- « La *Charte de la langue française* et les chartes de droits : la difficile conciliation des logiques majoritaires et minoritaires », dans Martin PAQUËT et Marcel MARTEL (dir.), *Légiférer en matière linguistique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2008, p. 359
- « La légitimité fédérative du processus de nomination des juges à la Cour suprême du Canada », (2011) 41 *R.G.D.* 279
- La négation de la nation. L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Québec, Septentrion, 2005
- BROUILLET, Eugénie, Guy LAFOREST et Alain-G. GAGNON (dir.), *La Conférence de Québec 1864, 150 ans plus tard. Comprendre l'émergence de la fédération canadienne*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2016
- BROWNE, G. P., *Documents on the Confederation of the British North America*, Toronto, McClelland and Stewart Limited, 1969
- BRUN, Henri et Jean-K. SAMSON, « Les droits du Québec en matière de langue de travail », (1973) 14 *C. de D.* 81

- BRUN, Henri et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1982
- « Les langues officielles au Canada », (1979) 20 *C. de D.* 69
- BRUN, Henri, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014
- BUREAU DES ÉCOLES PROTESTANTES DU GRAND MONTRÉAL, *Mémoire*, présenté au Comité du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution, octobre 1980
- CARDINAL, Linda, « Bilinguisme et territorialité : l'aménagement linguistique au Québec et au Canada », (2008) 51 *Hermès* 135
- « Fondements politiques et institutionnels de l'aménagement linguistique au Canada », dans Monika JEZAK (dir.), *Compendium de l'aménagement linguistique au Canada (CALC)*, 2016, en ligne : <<https://www.uottawa.ca/calc/foundations/about>> (consulté le 8 février 2018)
- « La judiciarisation de la politique, les droits des minorités et le nationalisme canadien », dans *Écrits en l'honneur de Claude Ryan*, Forum Constitutionnel/Constitutional Forum, vol. 13 et 14, n^o 3 et 1, Edmonton, Université de l'Alberta, 2005, p. 60
- « Les minorités francophones hors Québec et la vie politique au Canada : comment combler le déficit démocratique ? », dans Joseph Yvon THÉRIAULT, Anne GILGERT et Linda CARDINAL (dir.), *L'espace francophone en milieu minoritaire au Canada : nouveaux enjeux, nouvelles mobilisations*, Montréal, Fides, 2008, p. 385
- « Sortir de la nostalgie, en finir avec le ressentiment : les francophones hors Québec et la coopération interprovinciale », dans Simon LANGLOIS et Jean-Louis ROY (dir.), *Les francophonies canadiennes et québécoise*, Québec, Nota Bene, 2003, p. 15
- « Symétrie/asymétrie : la difficile relation entre le Québec et les minorités francophones du reste du Canada », dans Alain-G. GAGNON et Pierre NOREAU (dir.), *Constitutionnalisme, droits et diversité : Mélanges en l'honneur de José Woehrling*, Montréal, Thémis, 2017, p. 295
- CARDINAL, Linda et Luc JUILLET, « Les minorités francophones hors Québec et la gouvernance des langues officielles au Canada », dans Jean-Pierre WALLOT (dir.), *La gouvernance linguistique : le Canada en perspective*, Ottawa, Presse de l'Université d'Ottawa, 2005, p. 157
- CARIGNAN, Pierre, « Les Résolutions de Québec et la compétence législative en matière d'éducation », (1989) 23 *R.J.T.* n.s. 1
- CASE, Roland, *Understanding Charter Decisions*, Toronto, IPI Publishing, 1989
- CAUCHON, Joseph, *L'union des provinces de l'Amérique britannique du nord*, Québec, Imprimerie de A. Côté et cie, 1865

- CAYA, Marcel, « Geoffrion, Félix », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 12, Université Laval/University of Toronto, 2003, en ligne : <http://www.biographi.ca/fr/bio/geoffrion_felix_12F.html> (consulté le 7 mars 2018)
- CHEVRIER, Marc, *Des lois et des langues au Québec : principes et moyens de la politique linguistique québécoise*, Québec, Ministère des relations internationales, 1997
- La République québécoise : Hommages à une idée suspecte*, Montréal, Boréal, 2012
- « Protocole d'entente sur la nomination des juges québécois à la Cour suprême : après le multiculturalisme, voici le multijuridisme canadien », *Argument*, 2019, en ligne : <<http://www.revueargument.ca/article/2019-05-30/724-protocole-dentente-sur-la-nomination-des-juges-quebecois-a-la-cour-supreme.html>> (consulté le 10 septembre 2019)
- CHEVRIER, Marc et David SANSCHAGRIN, « Le juge superlégislateur au Canada ou la politique par soustraction », dans Geoffrey GRANDJEAN et Jonathan WILDEMEERSCH (dir.), *Les juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 95
- CHOUINARD, Stéphanie, *La question de l'autonomie des francophones hors Québec : Trois décennies d'activisme judiciaire en matière de droits linguistiques au Canada*, thèse de doctorat, Université d'Ottawa, Faculté des Sciences sociales, École d'études politiques, 2016
- CHRÉTIEN, Jean, *Dans la fosse aux lions*, nouvelle édition augmentée, Montréal, Éditions de l'Homme, 1994
- COMEAU, Paul-André, « L'année politique au Québec 1988-1989. Les relations fédérales-provinciales : “de paradoxes en impasse” », dans *Rubrique : Les affaires constitutionnelles et les relations fédérales-provinciales*, Presses de l'Université de Montréal, en ligne : <https://pum.umontreal.ca/apqc/88_89/comeau/comeau.htm> (consulté le 28 août 2018)
- COMMISSION CONSTITUTIONNELLE DU PARTI LIBÉRAL DU QUÉBEC, *Une nouvelle fédération canadienne [Livre beige]*, Montréal, 9 janvier 1980
- COMMISSION SCOLAIRE FRANCOPHONE DES TERRITOIRES DU NORD-OUEST, *Mémoire*, déposé dans l'affaire *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2009 CSC 47, 13 novembre 2008
- CONSEIL DES MINORITÉS DU QUÉBEC et ASSOCIATION CANADIENNE-FRANÇAISE DE L'ONTARIO, *Mémoire conjoint*, présenté au Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, Ottawa, novembre 1980
- CORBEIL, Jean-Claude, *L'aménagement linguistique du Québec*, Montréal, Guérin, 1980

- CÔTÉ, François et Guillaume ROUSSEAU, *Restaurer le français langue officielle : Fondements théoriques, politiques et juridiques pour une primauté du français langue du droit*, Montréal, Institut de recherche sur le Québec, 2019
- CÔTÉ, Pierre-André, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2009
- COUR SUPRÊME DU CANADA, *Communiqué de presse*, 26 avril 2013, en ligne : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/news/fr/item/4289/index.do> (consulté le 5 juillet 2019)
- COURTOIS, Charles-Philippe, « Des liens entre le Québec et l'Amérique française : 45 ans après les États généraux, est-ce possible ? », dans Jean-François LANIEL et Joseph Yvon THÉRIAULT (dir.), *Retour sur les États généraux du Canada français : continuités et ruptures d'un projet national*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2016, p. 345
- DANSEREAU, Jean, « La politique linguistique du Québec. Vérités et mensonges », (1999) 2-2 *Revue internationale d'études québécoises* 65
- DE CELLES, Alfred D., *Cartier et son temps*, Montréal, Librairie Beauchemin, 1907
- DE MESTRAL, Armand L. C. et William FRAIBERG, « Language Guarantees and the Power to Amend the Canadian Constitution », (1966-1967) 12 *McGill L. J.* 502
- DENAULT, Anne-Andrée, *Divergences et solidarité : une étude sociopolitique des rapports entre le Québec et les francophones d'Amérique*, Ottawa, Université d'Ottawa, thèse de doctorat, 2013
- DÉSILETS, Andrée, « Taché, sir Étienne-Paschal », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 9, Université Laval/University of Toronto, 2003, en ligne : http://www.biographi.ca/fr/bio/tache_etienne_paschal_9F.html (consulté le 16 décembre 2018)
- « Langevin, sir Hector-Louis », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 13, Université Laval/University of Toronto, 2003, en ligne : http://www.biographi.ca/fr/bio/langevin_hector_louis_13F.html (consulté le 7 mars 2018)
- DION, Léon, *Le projet de résolution concernant la Constitution du Canada : pour une véritable politique linguistique*, mémoire présenté au Comité conjoint du Sénat et de la Chambre des Communes sur le projet de résolution concernant la constitution du Canada, 4 novembre 1980
- Pour une véritable politique linguistique*, Québec, Ministère des Communications, 1981.
- DION, Stéphane, *Les droits linguistiques au Canada : une application symétrique et asymétrique*, notes pour une allocution de l'honorable Stéphane Dion, président du Conseil privé et ministre des Affaires intergouvernementales, discours prononcé dans le cadre du Colloque sur les droits linguistiques, Moncton, Faculté de droit de l'Université de Moncton, 15 février 2002

- DOMENICHELLI, Luisa, « Comparaison entre les stratégies linguistiques de Belgique et du Canada », (1999) 2 : 2 *Globe* 125
- Constitution et régime linguistique en Belgique et au Canada*, Bruxelles, Bruylant, 1999
- DORAIS, François-Olivier et Jean-François LANIEL, « Éléments de réflexion pour une repolitisation du Canada français », (février 2019) *L'Action nationale* 41
- DOUCET, Michel, « L'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés et l'admission des non-ayants droit à l'école francophone », (2015) 2 *R.D.L.* 239
- « Le bilinguisme législatif », dans Michel BASTARACHE et Michel DOUCET (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 179
- DOUCET, Michel, Michel BASTARACHE et Martin RIOUX, « Les droits linguistiques : fondements et interprétation », dans Michel BASTARACHE et Michel DOUCET (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 1
- DOUGHTY, A. G., « Notes on the Quebec Conference, 1864 », (1920) 1 *Canadian Historical Review* 26
- DUFOUR, Christian, *Le défi québécois*, Montréal, l'Hexagone, 1989
- DUMONT, Fernand, *Genèse de la société québécoise*, Montréal, Boréal, 1993
- DUPLÉ, Nicole, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2018
- DUPUIS, Serge, *Deux poids deux langues : brève histoire de la dualité linguistique au Canada*, Québec, Septentrion, 2019
- ELLIOT, Robin, « Interpreting the Charter – Use of the Earlier Versions as an Aid », (1982) *U.B.C. L. Rev.* 11
- ELLIOTT TRUDEAU, Pierre, « Autres discours officiels », Société du patrimoine politique du Québec, 2001-2018, en ligne : <http://www.archivespolitiquesduquebec.com/discours/p-m-du-canada/pierre-elliott-trudeau/autres-discours-officiels/> (consulté le 1^{er} novembre 2018)
- Le fédéralisme et la société canadienne-française*, Montréal, HMH, 1967
- Mémoires politiques*, Montréal, Le Jour, 1993
- Réponses*, Introduction de Gérard PELLETIER, Montréal, Éditions du Jour, 1968
- Transcription de l'allocution du très honorable Pierre Elliott Trudeau du Centre Paul Sauvé, Montréal, Québec, le 14 mai 1980*, Cabinet du Premier ministre, Ottawa, 1980, Bibliothèque et Archives Canada, en ligne :

<<http://www.collectionscanada.ca/premiersministres/h4-4083-f.html>> (consulté le 29 juillet 2019)

- ELLIOTT TRUDEAU, Pierre, avec la collaboration de Ron GRAHAM, *Trudeau : l'essentiel de sa pensée politique*, Montréal, Le Jour, 1998
- ENCYCLOPÉDIE CANADIENNE (L'), « Accord du lac Meech : document », *Historica Canada*, 7 février 2006, dernière modification le 16 décembre 2013, en ligne : <<https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/accord-du-lac-meech-document>> (consulté le 11 juin 2019)
- FAUCHON, André, « Le Manitoba français, une francophonie plurielle », (2001) 13 : 2 *Cahiers franco-canadiens de l'Ouest* 109
- FÉDÉRATION DES COMMUNAUTÉS FRANCOPHONES ET ACADIENNES DU CANADA et FÉDÉRATION DES ASSOCIATIONS DE JURISTES D'EXPRESSION FRANÇAISE DE COMMON LAW INC., *Mémoire*, déposé dans l'affaire *Solski (Tuteur) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, 10 février 2004
- FÉDÉRATION DES CONSEILLERS SCOLAIRES FRANCOPHONES et COMMISSION NATIONALE DES PARENTS FRANCOPHILES, *Mémoire*, déposé dans l'affaire *Solski (Tuteur) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, 4 février 2004
- FÉDÉRATION DES FRANCOPHONES HORS QUÉBEC, *Mémoire*, présenté au Comité spécial mixte sur la Constitution du Canada, Ottawa, 26 novembre 1980
- FOREST, Georges, *Factum*, déposé dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312, 24 novembre 1980
- Presentation of Opinions on Proposals for Constitutional Reform, in Reference with the Proposed Resolution Respecting the Constitution of Canada « The Canada Act 1980 »*, to the Standing Committee on Statutory Regulations and Orders, Winnipeg, 18 novembre 1980
- FORTIER, D'Iberville, « Les droits linguistiques canadiens en évolution », (1986) 27 *C. de D.* 227
- FOUCHER, Pierre, « Droits et lois linguistiques : le droit au service du Canada français », dans Joseph Yvon THÉRIAULT, Anne GILGERT et Linda CARDINAL (dir.), *L'espace francophone en milieu minoritaire au Canada : nouveaux enjeux, nouvelles mobilisations*, Montréal, Fides, 2008, p. 463
- « Droits linguistiques à l'image des cercles concentriques », (1992) 41 *U.N.B.L.J.* 171
- « Droits linguistiques en Acadie : De la dynamique des droits à celle des autonomies », dans *Actes du symposium Vers un aménagement linguistique de*

l'Acadie du Nouveau-Brunswick, Moncton, Centre de recherche en linguistique appliquée, Université de Moncton, 3 au 5 mai 1990, p. 67

« Fédéralisme et droits des minorités : tension ou complémentarité ? », dans Jean LAFONTANT (dir.), *L'État et les minorités*, Saint-Boniface, Éditions du blé et Presses universitaires de Saint-Boniface, 1993, p. 201

« L'article 23 de la Charte : un compromis audacieux » (1989) *R.J.T.* 220

« L'impact du fédéralisme sur les droits scolaires des minorités ou vice-versa », (2003-2004) 5 *Rev. C.L. Français* 421

« L'interprétation des droits linguistiques constitutionnels par la Cour suprême du Canada », (1987) 19 *Ottawa L. Rev.* 381

« L'usage limité de l'histoire dans les causes linguistiques devant les tribunaux au Canada », dans Martin PÂQUET et Serge DUPUIS (dir.), *Faire son temps. Usages publics du passé dans les francophonies nord-américaines*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2018, p. 295

« La dualité linguistique canadienne devant les tribunaux », dans Valérie LAPOINTE-GAGNON, Rémi LÉGER, Serge DUPUIS et Alex TREMBLAY LAMARCHE (dir.), *La Confédération et la dualité canadienne*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2020, p. 49

« Langues, lois et droits. Pour qui ? Pourquoi ? L'action de l'État et des acteurs sociaux dans le domaine juridique en matière de langues officielles au Canada », dans Marcel MARTEL et Martin PÂQUET (dir.), *Légiférer en matière linguistique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2008, p. 389

« Le carré redevenu cercle ? Fédéralisme, droits linguistiques et égalité dans l'interprétation de la Constitution canadienne », dans Linda CARDINAL (dir.), *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de parole, 2008, p. 269

« Le droit et la langue française au Canada : évolution et perspectives », (2008) 26 *Francophonies d'Amérique* 63

« Les gardiens de la paix. La Cour suprême du Canada et le contentieux des droits linguistiques : Montée en puissance des juges, pourquoi ? », dans Mary Jane MOSSMAN et Ghislain OTIS (dir.), *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Thémis, 2000, p. 127

« Symétrie ou asymétrie dans les droits scolaires des minorités », (2002) 47 *Égalité* 91

« The *Official Languages Act* of Canada : A Historical and Contemporary Review », dans Jack JEDWAB et Rodrigue LANDRY (dir.), *Après quarante ans : les politiques de langue officielle au Canada*, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2011, p. 89

- FRASER, Graham, « *The Official Languages Act : Past, Present, and Future* », dans Jack JEDWAB et Rodrigue LANDRY (dir.), *Après quarante ans : les politiques de langue officielle au Canada*, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2011, p. 235
- GALT, Alexander Tilloch, *Speech on the Proposed Union of the British North American Provinces, Delivered at Sherbrooke, C. E., by The Hon. A. T. Galt, Minister of Finance, 23rd Novembre, 1864*, Reprinted from the Montreal Gazette, Montréal, M. Longmoore, 1864
- GOSSELIN, Jacques, « L'évolution de la législation linguistique au Québec », (2003) 105 *Revue d'aménagement linguistique* 9
- La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991
- GRAMMOND, Sébastien, « Louis Lebel et la société distincte », (2016) 57 *C. de D.* 251
- GRAY, John Hamilton, *Confederation*, Toronto, 1872
- GROULX, Lionel, *La confédération canadienne*, conférences prononcées à l'Université Laval de Montréal en 1917 et 1918, reproduction intégrale de l'œuvre originale, Stanké, 1978 (réédition)
- GUAY, Jean-Herman (dir.), « Dévoilement de l'énoncé du mandat de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme », *Bilan du siècle, Site encyclopédique sur l'histoire du Québec depuis 1900*, en ligne : <bilan.usherbrooke.ca/bilan/pages/evenements/1597.html> (consulté le 11 octobre 2019)
- « Publication du rapport préliminaire de la Commission d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme », *Bilan du siècle, Site encyclopédique sur l'histoire du Québec depuis 1900*, en ligne : <<http://bilan.usherbrooke.ca/bilan/pages/evenements/1712.html>> (consulté le 11 octobre 2019)
- GUINDON, Hubert, « De l'usage "canadian" des minorités », (1995) 19 : 1-2 *Possibles* 172
- HAYDAY, Matthew, *Bilingual Today, United Tomorrow : Official Languages in Education and Canadian Federalism*, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2005
- HÉMON, Louis, *Maria Chapdelaine*, Montréal, Boréal, 1988
- HOGG, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, 5th Ed. Supplemented, vol. 2, Toronto, Thomson Reuters, 2007, à jour 2016
- Constitutional Law of Canada*, 2nd Ed., Toronto, Carswell, 1985
- HUDON, Marie-Ève, *Le fédéralisme asymétrique et les communautés francophones en situation minoritaire au Canada*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2004

- HUPPÉ, Luc, « L'émergence d'un pouvoir judiciaire souverain », (1995) 55 *R. du B.* 171
- JOHNSON, J. K. et P. B. WAITE, « Macdonald, sir John Alexander », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 12, Université Laval/University of Toronto, 2003, en ligne : <http://www.biographi.ca/fr/bio/macdonald_john_alexander_12F.html> (consulté le 20 octobre 2018)
- JOHNSON, Marc L., *À double tranchant : La politique linguistique à l'égard du français au Québec et au Canada*, Institut canadien de recherche sur les minorités linguistiques, Moncton, 2009
- KELLY, James B., « Les limites de la mobilisation judiciaire : Alliance Québec, la Charte de la langue française et la Charte canadienne des droits et libertés », dans François ROCHER et Benoît PELLETIER (dir.), *Le nouvel ordre constitutionnel canadien : du rapatriement de 1982 à nos jours*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2013, p. 205
- « Reconciling Rights and Federalism during Review of the Charter of Rights and Freedoms : The Supreme Court of Canada and the Centralization Thesis, 1982 to 1999 », (2001) 34 :2 *Canadian Journal of Political Science* 321
- KYER, Clifford Ian, « Has History a Role To Play in Constitutional Adjudication : Some Preliminary Considerations », (1981) 15 *Law Society of Upper Canada Gazette* 135
- LAJOIE, Andrée, *Jugements de valeurs : Le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997
- LAMOUREUX, Martin, « Liminaire », (2002) 47 *Égalité* 7
- LANGLOIS, Simon et Jean-Louis ROY (dir.), *Les francophonies canadiennes et québécoise*, Québec, Nota Bene, 2003
- LANIEL, Jean-François, « L'État québécois est-il un État-parent ? Nationalisme transfrontalier et minorités nationales dans l'espace (post) canadien-français », (2017) 58 : 3 *Recherches sociographiques* 549
- LANIEL, Jean-François et Kateri LÉTOURNEAU, « Québec et francophonie canadienne hors Québec, avons-nous encore quelque chose à nous dire », (printemps-été 2010) 12-2 *Argument*, en ligne : <http://www.revueargument.ca/article/2010-03-03/49-quebec-et-francophonie-canadienne-hors-quebec-avons-nous-encore-quelque-chose-a-nous-dire.html?fbclid=IwAR370UVvuos_WYJmq0R2sKJypXz5EZRw89ARs9KBIErKx5D1nHJgclbfo88> (consulté le 29 mai 2019)
- LAPIERRE, Jean-William, *Le pouvoir politique et les langues*, Paris, Presses universitaires de France, 1988
- LAPONCE, Jean A., *Langue et territoire*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1984

- LAROSE, Gérald, « L'asymétrie, "c'est la vie", la symétrie, une lubie », (2002) 47 *Égalité* 197
- LASKIN, Bora, « La Cour suprême du Canada », (1978) 30 : 1 *R.I.D.C.* 139
- LAURENCE, Gérard, « Évanturel, François », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 12, Université Laval/University of Toronto, 2003, en ligne : http://www.biographi.ca/fr/bio/evanturel_francois_12F.html (consulté le 7 mars 2018)
- LAVERGNE, Charles-Édouard, *Georges-Étienne Cartier : Homme d'État Canadien, 1814-1873*, Montréal, Langevin et L'Archevêque, 1914
- LAXER, Robert M., *Bilingual Tensions in Canada*, Toronto, Ontario Institute for Studies in Education, 1979
- LEDERMAN, W. R., « Constitutional Procedure and the Reform of the Supreme Court of Canada », (1985) 26 *C. de D.* 195
- LOUBIER, Christiane, *L'aménagement linguistique au Canada*, Québec, Office de la langue française, 1988
- MACKEY, William F., « The History and Origins of Language Policies in Canada », dans Michael A. MORRIS (dir.), *Canadian Language Policies in Comparative Perspective*, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2010, p. 18
- MACMILLAN, C. Michael, « Federal Language Policy in Canada and the Quebec Challenge », dans Pierre LARRIVÉE (dir.), *Linguistic Conflict and Language Laws: Understanding the Quebec Question*, New York, Palgrave Macmillan, 2003, p. 87
- « La Loi sur les langues officielles et la Charte de la langue française. Vers un consensus ? », (1999) 2 : 2 *Globe* 83
- The Practice of Language Rights in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1998
- MACMILLAN, C. Michael et Raymond TATALOVICH, « Judicial Activism vs. Restraint : The Role of the Highest Courts in Official Language Policy in Canada and the United States », (2003) 33 *American Review of Canadian Studies* 239
- MAGNET, Joseph Eliot, *Constitutional Law of Canada*, 8th Ed., vol. 2, Edmonton, Juriliber, 2001
- Constitutional Law of Canada. Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd Ed., vol. 2, Toronto, Carswell, 1985
- « Court ordered bilingualism », (1981) 12 *R.G.D.* 237
- « Equality between Linguistic Communities in Canada », dans André BRAËN, Pierre FOUCHER et Yves LE BOUTHILLIER (dir.), *Langues, constitutionnalisme et minorités*, Markham, LexisNexis, 2006, p. 259

- « Language Rights : Myth and Reality », (1981) 12 *R.G.D.* 261
- « Language Rights Theory in Canadian Perspective », dans Thomas RICENTO et Barbara BURNABY (dir.), *Language and Politics in the United States and Canada: Myths and Realities*, New York, Routledge, 1998, p. 185
- « Les écoles et la Constitution », (1983) 24 *C. de D.* 145
- MALLEA, John R., « Minority Language Education in Quebec and Anglophone Canada », dans Richard Y. BOURHIS, *Conflict and Language Planning in Quebec*, Clevedon, Multilingual Matters, eBook, 1984, p. 222
- MANDEL, Michael, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, traduit de l'anglais par Hervé Juste, Montréal, Boréal, 1996
- MARTEL, Angéline, « La politique linguistique canadienne et québécoise. Entre stratégies de pouvoir et identité », (1999) 2 : 2 *Globe* 37
- MARTEL, Angéline et Daniel VILLENEUVE, « Droit constitutionnel et rapports de pouvoir : Les droits scolaires des francophones minoritaires du Canada avant 1960 », (1995) 10 *R.C.D.S.* 25
- MARTEL, Marcel, « L'étrangeté des rapports entre le Québec, les communautés francophones en milieu minoritaire et le reste du Canada : perspectives historiques », dans Yvan LAMONDE et Robert LALIBERTÉ (dir.), *À la rencontre d'un Québec qui bouge*, Paris, Éditions du Comité des travaux historiques et scientifiques, 2008, p. 203
- Les États généraux du Canada français, trente ans après : actes du colloque tenu à l'Université d'Ottawa les 5, 6 et 7 novembre 1997*, Ottawa, Centre de recherche en civilisation canadienne-française de l'Université d'Ottawa, 1998
- MARTEL, Marcel et Martin PÂQUET, *Langue et politique au Canada et au Québec : une synthèse historique*, Montréal, Boréal, 2010
- MARX, Herbert, « Language Rights in the Canadian Constitution », (1967) 2 *R.J.T.* 239
- MAURAS, Jacques, « Equality maintenance, globalization: Lessons from Canada », dans Humphrey TONKIN and Timothy REAGAN (dir.), *Language in the Twenty-First Century*, Philadelphie, John Benjamins, 2003, p. 87
- « L'aménagement linguistique du Québec », (1986) 21 :83 *Glottopolitique* 101
- McRAE, Kenneth, « Official bilingualism : from the 1960s to the 1990s », dans John EDWARDS (dir.), *Language in Canada*, New York, Cambridge University Press, 1998, p. 61
- McROBERTS, Kenneth, « La politique de l'édification nationale », dans François ROCHER et Benoît PELLETIER (dir.), *Le nouvel ordre constitutionnel canadien :*

- du rapatriement de 1982 à nos jours*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2013, p. 99
- « Les politiques de la langue au Canada : un combat contre la territorialisation », dans Denis LACORNE et Tony JUDT (dir.), *La politique de Babel : du monolinguisme d'État au plurilinguisme des peuples*, Paris, Karthala, 2002, p. 155
- McWHINNEY, Edward, *Canada and the Constitution 1979-1982 : Patriation and the Charter of Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1982
- MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand et Pierre PACTET, *Droit constitutionnel*, 35^e éd., Paris, Dalloz, 2017
- MERCILLE, Raynald, « La langue du travail : analyse de la jurisprudence relative à l'application des articles 41 à 50 de la Charte de la langue française », (1985) 45-1 *R. du B.* 33
- MICHAUD, Christian, « L'asymétrie – Une question de traitement différent pour atteindre l'égalité réelle », La Clef, Bulletin de la Conférence des juristes d'expression française de common law, *Cba.org*, juillet 2012, en ligne : <http://www.cba.org/cba/newsletters-sections/pdf/2012-08-fsm-michaud.pdf> (consulté le 22 octobre 2012)
- MILNE, David, « Equality or Asymmetry : Why Choose? », dans Ronald L. WATTS et Douglas M. BROWN (dir.), *Options for a New Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1991
- MIRON, Gaston, *L'homme rapaillé*, Montréal, Typo, 1998
- MORIN, Jacques-Yvan, « Les états généraux du Canada français ou du Québec ? », dans Jean-François LANIEL et Joseph Yvon THÉRIAULT (dir.), *Retour sur les États généraux du Canada français : continuités et ruptures d'un projet national*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2016, p.15
- MORIN, Claude, *Je le dis comme je le pense*, Montréal, Boréal, 2014
- Lendemain piégés. Du référendum à la nuit des longs couteaux*, Montréal, Boréal, 1988
- MORIN, Jacques-Yvan et José WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec : du régime français à nos jours*, 2^e éd., t. 1, Montréal, Thémis, 1994
- NADEAU, Alain-Robert, « L'incidence de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur les droits linguistiques québécois », (2006) 32 : 2 *S.C.L.R.* 109
- NOREAU, Pierre, « Constitutionnalisme et communautés linguistiques : une synthèse possible pour un avenir incertain », dans André BRAËN, Pierre FOUCHER et Yves LE BOUTHILLIER (dir.), *Langues, constitutionnalisme et minorités*, Markham, LexisNexis, 2006, p. 705

- NORMAND, Martin, « De l'arène politique à l'arène juridique : les communautés francophones minoritaires au Canada et la *Charte canadienne des droits et libertés* », dans François ROCHER et Benoît PELLETIER (dir.), *Le nouvel ordre constitutionnel canadien : du rapatriement de 1982 à nos jours*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2013, p. 179
- PATENAUDE, Pierre, « Les droits linguistiques au Canada : de l'intolérance à l'utopie », (1992) 41 *U.N.B.L.J.* 159
- « La Constitution canadienne : Une lourde hypothèque pour le Québec ! », dans Pierre Patenaude (dir.), *Québec-Communauté française de Belgique : autonomie et spécificité dans le cadre d'un système fédéral*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991, p. 3
- PELLETIER, Benoît, « Bilan des droits linguistiques au Canada », (1995) 55-4 *R. du B.* 611
- « L'asymétrie pour répondre aux défis de la diversité », dans Linda CARDINAL (dir.), *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de parole, 2008, p. 425
- « La dynamique linguistique au Québec : les relations entre la majorité francophone et la minorité anglophone », dans Sylvie LÉGER (dir.), *Les droits linguistiques au Canada : collisions ou collusions ?*, Ottawa, Centre canadien des droits linguistiques, 1995, p. 121
- La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough, Carswell, 1996
- « La modification des dispositions constitutionnelles relatives à l'usage de l'anglais ou du français », (1990) 21 *R.G.D.* 223
- « Les pouvoirs de légiférer en matière de langue après la "Loi constitutionnelle de 1982" », (1984) 25 *C. de D.* 227
- « Les rapports de force entre les majorités et les minorités de langue officielle au Canada », (1994) 24 *R.D.U.S.* 255
- Une certaine idée du Québec : Parcours d'un fédéraliste. De la réflexion à l'action*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2010
- PELLETIER, Réjean, « L'asymétrie dans une fédération multinationale : le cas canadien », présenté au colloque *Le fédéralisme, le Québec et les minorités francophones du Canada*, Université d'Ottawa, 9 au 11 mars 2006 (version préliminaire)
- PIERRE, Helen, *Extrinsic Aids and the Interpretation of Statutes*, Ottawa, Université d'Ottawa, Faculté de droit, mémoire, 1990
- POIRIER, Éric, « Défense de la langue française sans faux pas », (janvier-février 2017 – numéro du centenaire) *L'Action nationale* 203
- « L'affaire Boulangerie Maxie's et la "fatigue culturelle" du Québec », (septembre 2016) *L'Action nationale* 11

« L'arrêt *Blaikie* sur la langue de la législation québécoise et la thèse du réexamen : et si des développements récents donnaient raison aux professeurs Brun et Tremblay ? », dans Patrick TAILLON, Eugénie BROUILLET et Amélie BINETTE (dir.), *Un regard québécois sur le droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 499

La Charte de la langue française : ce qu'il reste de la loi 101 quarante ans après son adoption, Québec, Septentrion, 2016 (préface de Guy Rocher)

« La Charte de la langue française et l'abandon des moyens pour atteindre son objectif », Institut de recherche sur le Québec, septembre 2014, en ligne : <http://irq.quebec/wp-content/uploads/2015/03/Septembre2014_EricPoirier.pdf> (consulté le 6 mars 2019)

« Note critique », Frédéric Bérard, *Charte canadienne et droits linguistiques : pour en finir avec les mythes*, (octobre 2017) *L'Action nationale* 76

POPE, Joseph, *Confederation : Being a Series of Hitherto Unpublished Documents Bearing on the British North America Act*, Toronto, Carswell, 1895

Mémoires of the Right Honourable Sir John Alexander Macdonald, First Prime Minister of the Dominion of Canada, vol. 1, Ottawa, J. Durie, 1894

POWER, Mark C., *Étude d'impact juridique. Projet de loi C-455 – Loi modifiant le Code canadien du travail (langue française)*, réalisée pour la FCFA du Canada, 30 août 2011

« Les droits linguistiques en matière d'éducation », dans Michel BASTARACHE et Michel DOUCET (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 657

POWER, Mark, Marc-André ROY et Mathieu STANTON, « La sécurité linguistique et culturelle des francophones du Québec et des communautés d'expression française en situation minoritaire : un jeu à somme nulle ? », dans *Retour sur les états généraux du Canada français : continuités et ruptures d'un projet national*, Jean-François LANIEL et Joseph-Yvon THÉRIAULT (dir.), Québec, Presses de l'Université du Québec, 2016, p. 233

PROULX, Daniel, « La Loi 101, la clause-Québec et la Charte canadienne devant la Cour suprême : un cas d'espèce ? », (1985) 16 *R.G.D.* 167

« La précarité des droits linguistiques scolaires ou les singulières difficultés de mise en œuvre de l'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés », (1983) 14 *R.G.D.* 335

« Les droits linguistiques au Canada : un nouveau paradigme », dans Pierre NOREAU et José WOEHLING (dir.), *Appartenances, institutions et citoyenneté*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 259

PROULX, Jean-Pierre, « Le choc des Chartes : histoire des régimes juridiques québécois et canadien en matière de langue d'enseignement », (1989) 23 *R.J.T.* 67

- RAND, Dyck, *Canadian Politics : Critical Approaches*, 3rd Ed., Scarborough, Nelson Thomson Learning, 2000
- RÉAUME, Denise, « Language Rights : Constitutional Misfits or Real Rights », dans André BRAËN, Pierre FOUCHER et Yves LE BOUTHILLIER (dir.), *Langues, constitutionnalisme et minorités*, Markham, LexisNexis, 2006, p. 201
- RÉGIMBALD, Guy et Dwight NEWMAN, *The Law of the Canadian Constitution*, Markham, LexisNexis, 2013
- RÉMILLARD, Gil, « Historique du rapatriement », (1984) 25 *C. de D.* 15
- RICHEZ, Emmanuelle, « Losing Relevance : Quebec and the Constitutional Politics of Language » (2014-2015) 52 *Osgoode Hall L.J.* 191
- RIDDELL, Alan, « À la recherche du temps perdu : la Cour suprême et l'interprétation des droits linguistiques constitutionnels dans les années 80 », (1988) 29 *C. de D.* 829
- ROMANOW, Roy, John WHYTE et Howard LEESON, *Canada... Notwithstanding*, Toronto, Carswell, 1984
- ROUSSEAU, Guillaume, *La disposition dérogatoire des chartes des droits : de la théorie à la pratique, de l'identité au progrès social*, Institut de recherche sur le Québec, mars 2016, en ligne : <http://irq.quebec/wp-content/uploads/2016/03/Recherche_ClauseDerogatoire_GRousseau_2016.pdf> (consulté le 5 juin 2019)
- ROUSSEAU, Guillaume et François CÔTÉ, « A Distinctive Quebec Theory and Practice of the Notwithstanding Clause : When Collective Interests Outweigh Individual Rights », (2017) 47 *R.G.D.* 343
- ROUSSEAU Guillaume et Éric POIRIER, avec la collaboration de François COTÉ et Nicolas PROULX, *Le droit linguistique au Québec*, Montréal, LexisNexis, 2017
- ROUSSELLE, Serge, « L'application asymétrique des droits linguistiques au palier municipal : une réalité intrinsèquement liée à notre ordre constitutionnel », (2003-2004) 5 *Rev. C.L. Français* 461
- « L'arrêt Charlebois : une décision sans faille en matière de droits linguistiques », (2002) 51 *U.N.B.L.J.* 15
- « L'asymétrie des droits linguistiques au Canada : l'exemple des municipalités », (2002) 47 *Égalité* 143
- La diversité culturelle et le droit des minorités : une histoire de développement durable*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006
- ROY, Ingrid, « L'application de l'article premier de la Charte aux droits linguistiques », (2011-2013) 43 *Revue de droit d'Ottawa* 395

- RYAN, Claude, « L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur les droits linguistiques au Québec », (2003) *Revue du Barreau/Numéro spécial* 543
- Les valeurs libérales et le Québec moderne : une perspective historique sur l'apport du Parti libéral du Québec à l'édification du Québec d'hier et d'aujourd'hui*, Montréal, PLQ, 2002
- SHEPPARD, Claude-Armand, *The Law of Languages in Canada*, 10, Studies of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, Ottawa, Information Canada, 1971
- SIMARD, Jeanne, *L'interprétation législative au Canada : la théorie à l'épreuve de la pratique*, thèse de doctorat, Université de Montréal, Faculté de droit, 1998
- SKELTON, Oscar Dougla, *The Life and Times of Sir Alexander Tilloch Galt*, Toronto, Oxford University Press, 1920
- SMITH, Wilfred I., « Charles Tupper's Minutes of the Charlottetown Conference », (1967) 48 *Canadian Historical Review* 101
- SOCIÉTÉ DES ACADIENS DU NOUVEAU-BRUNSWICK, *Mémoire*, présenté au Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada et au Comité spécial de l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick sur la réforme constitutionnelle, décembre 1980
- SOCIÉTÉ FRANCO-MANITOBAINE, *Factum*, déposé dans l'affaire *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, 3 novembre 1984
- Mémoire sur la Constitution du Canada*, version amendée, novembre 1980
- SOULARD, Jean-Claude, « Dorion, sir Antoine-Aimé », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 12, Université Laval/University of Toronto, 2003, en ligne : <http://www.biographi.ca/fr/bio/dorion_antoine_aimé_12F.html> (consulté le 7 mars 2018)
- STAPINSKY, Stéphane, « L'insoumission sociologique. Entretien avec Hubert Guindon », *Encyclopédie de l'Agora*, 1^{er} avril 2012, en ligne : <agora.qc.ca/documents/hubert_guindon--linsoumission_sociologique_entretien_avec_hubert_guindon_par_stephane_stapinsky> (consulté le 9 octobre 2019)
- STRAYER, Barry L., *Canada's Constitutional Revolution*, Edmonton, University of Alberta Press, 2013
- SULLIVAN, Ruth, *Driedger on the Construction of Statutes*, Vancouver, Butterworths, 1994
- SWINTON, Katherine E., *The Supreme Court and Canadian federalism : the Laskin-Dickson years*, Agincourt, Carswell, 1990

- TAILLON, Patrick, *Les obstacles juridiques à une réforme du fédéralisme*, Montréal, Institut de recherche sur le Québec, 2007
- TAILLON, Patrick et Alexis DESCHÊNES, « Une voie inexplorée de renouvellement du fédéralisme canadien : l'obligation constitutionnelle de négocier des changements constitutionnels », (2012) 53 *C. de D.* 461
- TAILLON, Patrick et Amélie BINETTE, « Une théorie “vivante” de l'interprétation pour un cadre constitutionnel désuet », dans l'Annuaire international de justice constitutionnelle, 33-2017, *Juge constitutionnel et interprétation des normes. Le juge constitutionnel face aux transformations de la démocratie*, 2018, p. 201
- TASSÉ, Roger, « Le rapatriement de la Constitution : constats et enseignements », dans François ROCHER et Benoît PELLETIER (dir.), *Le nouvel ordre constitutionnel canadien : du rapatriement de 1982 à nos jours*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2013, p. 45
- Ma vie, le droit, la Constitution et bien plus encore ! Mémoires d'un sous-ministre de la Justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013
- THÉRIAULT, Aurèle et Philippe FALARDEAU, « Pour un espace francophone : obsèques du réflexe minoritaire », (décembre 1990) *L'Action nationale* 1451
- THÉRIAULT, Joseph Yvon, « Culture politique canadienne et asymétrie linguistique », (2006) 31 *S.C.L.R.* (2d) 249
- THÉRIAULT, Joseph Yvon et Martin MEUNIER, « Que reste-t-il de l'intention vitale du Canada français », dans Joseph Yvon THÉRIAULT, Anne GILBERT et Linda CARDINAL (dir.), *L'espace francophone en milieu minoritaire au Canada : nouveaux enjeux, nouvelles mobilisations*, Montréal, Fides, 2008, p. 205
- TREMBLAY, André, « L'interprétation des dispositions constitutionnelles relatives aux droits linguistiques », (1983) 13 *Man. L.J.* 651
- TREMBLAY, Marc, « D'égal à égal : la réhabilitation du principe de l'égalité des langues officielles et du principe de la progression vers l'égalité de statut du français et de l'anglais », (2002) 47 *Égalité* 67
- TUOHY, Carolyn J., *Policy and Politics in Canada : Institutionalized Ambivalence*, Philadelphie, Temple University Press, 1992
- TURI, Joseph G., « Politiques et législations linguistiques canadiennes », (1997) 52 *Mots : L'état linguiste* 93
- VERRELLI, Nadia, « L'ombre de la Charte canadienne des droits et libertés », dans François ROCHER et Benoît PELLETIER (dir.), *Le nouvel ordre constitutionnel canadien : du rapatriement de 1982 à nos jours*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2013, p. 235

VOISINE, Nive, « Boucher de Niverville, Louis-Charles », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 9, Université Laval/University of Toronto, 2003, en ligne : <http://www.biographi.ca/fr/bio/boucher_de_niverville_louis_charles_9F.html> (consulté le 7 mars 2018)

WAITE, P. B., « Edward Whelan Reports from the Quebec Conference », (1961) 42 *Canadian Historical Review* 23

WHELAN, Edward, *The Union of the British Provinces*, Charlottetown, 1865.

WHITELAW, W. Menzies, « Reconstructing the Quebec Conference », (1983) 19 *Canadian Historical Review* 123

WOEHLING, José, « Conflits et complémentarités entre les politiques linguistiques en vigueur au Québec, au niveau fédéral et dans le reste du Canada », dans Pierre NOREAU et José WOEHLING (dir.), *Appartenances, institutions et citoyenneté*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 295

« Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unis et du Canada », (2000) 46 R.D. McGill 21

« La Constitution canadienne et les droits linguistiques : convergences et divergences entre les intérêts des Québécois francophones, de la minorité angloquébécoise et des minorités francophones du Canada », dans Sylvie LÉGER (dir.), *Les droits linguistiques au Canada : collusions ou collisions ?*, Ottawa, Centre canadien des droits linguistiques, 1995, p. 53

« Les concepts juridiques mis en œuvre en matière de politique linguistique », (2010) 16-3 *Télescope* 22

« Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », (2003-2004) 34 *R.D.U.S.* 91

YOUNG, Brian, *George-Étienne Cartier : bourgeois montréalais*, traduit de l'anglais par André D'Allemagne, Montréal, Boréal Express, 1982

Documents gouvernementaux

ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE DU QUÉBEC, *Débats de l'Assemblée législative*, 20^e légis., 3^e sess., 31 mars 1938

Débats de l'Assemblée législative, 20^e légis., 2^e sess., 15 avril 1937

ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Édouard Rémillard. Biographie*, mise à jour juin 2009, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/deputes/remillard-edouard-5055/biographie.html>> (consulté le 7 mars 2018)

CHAMBRE DES COMMUNES, COMITÉ SPECIAL CONCERNANT LE BILL RELATIF AUX LANGUES OFFICIELLES, *Procès-verbaux et témoignages*, Bill C-

120, Loi concernant le statut des langues officielles du Canada, 1^{ère} sess., 28^e légis., fasc. 1 à 5, 30 mai 1969 au 11 juin 1969

CHAMBRE DES COMMUNES, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi c-72 Loi concernant le status [sic] et l'usage des langues officielles du Canada, 33^e légis., 2^e sess., Ottawa, 1988*

COMITÉ PERMANENT DES LANGUES OFFICIELLES, 38^e légis., 1^{ère} sess., Ottawa, avril à juin, septembre et octobre 2005

COMPTE RENDU OFFICIEL DES DÉBATS DE LA CHAMBRE DE COMMUNES, 1^{ère} sess., 28^e légis., vol. 1, 2, 8 et 10, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968 et 1969

CONSEIL DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Le projet de loi fédéral C-72 relatif au statut et à l'usage des langues officielles au Canada : avis à la ministre responsable de l'application de la Charte de la langue française*, Québec, Service des communications du Conseil, 1988, en ligne :
<http://www.cslf.gouv.qc.ca/bibliotheque-virtuelle/publication-html/?tx_iggcplplus_pi4%5Bfile%5D=publications/avis112/avis112.htm> (consulté le 11 avril 2016)

Position du Conseil de la langue française relative aux droits linguistiques et à la Constitution (projet fédéral du 2 octobre 1980), transmise au ministre d'État au Développement culturel et scientifique, novembre 1980

Pour un renforcement de la solidarité entre francophones au Canada : réflexions théoriques et analyse historique, juridique et sociopolitique, Québec, Gouvernement du Québec, 1995

DÉBATS DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, 38^e légis., 1^{ère} sess., vol. 140, no. 19, 59, 79, 81, 140 et 152, Ottawa, 2004-2005

33^e légis., 2^e sess., vol. 6, 10, 11, 13 et 14, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1987-1988

32^e légis., 1^{ère} sess., vol. 3, 4, 7, 8, 9, 11 et 12, Ottawa, 1980-1981

1^{ère} légis., 3^e sess., vol. 3, 15 février 1870 au 12 mai 1870, Ottawa, 1979

DÉBATS DU SENAT, 38^e légis., 1^{ère} sess., vol. 142, no. 3, 4, 7 et 8, Ottawa, Éditions et Services de dépôt, octobre 2004

33^e légis., 2^e sess., vol. 3 et 4, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1988

32^e légis., 1^{ère} sess., vol. 3, Ottawa, 1980-1983

28^e légis., 1^{ère} sess., vol. 2, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1970

1^{ère} légis., 3^e sess., vol. 3, 15 février 1870 au 12 mai 1870, Ottawa, 1977

DÉBATS PARLEMENTAIRES SUR LA QUESTION DE LA CONFÉDÉRATION DES PROVINCES DE L'AMÉRIQUE BRITANNIQUE DU NORD, 3^e sess., Parlement provincial du Canada, Québec, Hunter, Rose et Lemieux, 1865

DÉLIBÉRATIONS DU COMITÉ SENATORIAL PERMANENT DES LANGUES OFFICIELLES, 37^e légis., 3^e sess., fasc. 1, 2 et 18, Ottawa, mars à octobre 2004

37^e légis., 2^e sess., fasc. 8, 14 et 15, Ottawa, septembre à novembre 2003

DÉLIBÉRATIONS DU COMITÉ SENATORIAL PERMANENT DES AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES, 37^e légis., 1^{ère} sess., fasc. 23, 25, 26, 27, 28, 29 et 31, Ottawa, février à avril 2002

DÉLIBÉRATIONS DU COMITÉ SPÉCIAL DU SÉNAT SUR LE PROJET DE LOI C-72, LOI CONCERNANT LE STATUT ET L'USAGE DES LANGUES OFFICIELLES DU CANADA, 33^e légis., 2^e sess., Ottawa, mardi 19 juillet 1988 et mercredi 20 juillet 1988

FOURNIER, Jean-Marc, « Allocution du ministre Jean-Marc Fournier à l'occasion de la rencontre des comités de concertation en matière de francophonie canadienne », présentée à l'hôtel Lord Elgin à Ottawa le 5 février 2015, en ligne : <<https://sqrq.gouv.qc.ca/secretariat/salle-de-nouvelles/discours/details-en.asp?id=94>> (consulté le 14 juin 2019)

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Constitution express*, Ministère des Affaires intergouvernementales, Québec, 20 janvier 1981

Indicateurs linguistiques. Secteur de l'éducation. Édition 2013, Québec, Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport, 2014

L'avenir en français. Politique du Québec en matière de francophonie canadienne, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes du ministère du Conseil exécutif, 2006

Le Parlement du Royaume-Uni et les Actes de l'Amérique du Nord britannique, Mémoire du Gouvernement du Québec présenté au « Select Committee on Foreign Affairs » de la Chambre des communes à Londres, traduction, 28 novembre 1980

Québécois : notre façon d'être Canadiens. Politique d'affirmation du Québec et de relations canadiennes, Québec, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, 2017

« Résolution unanime affirmant que la maîtrise de la langue française est une condition préalable et essentielle à la nomination d'un juge de la Cour suprême du Canada », 21 mai 2008, en ligne : <<https://www.sqrq.gouv.qc.ca/rerelations-canadiennes/positions-historiques/motions/2008-05-21-juge.pdf>> (consulté le 13 septembre 2019)

Un dialogue, une solidarité agissante. Politique du Québec à l'égard des communautés francophones et acadiennes du Canada, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes du ministère du Conseil exécutif, 1995

HOUSE OF COMMONS, FIRST REPORT FROM THE FOREIGN AFFAIRS COMMITTEE, *British North America Acts : The Role of Parliament*, Session 1980-81, vol. 1 et 2, Londres, Her Majesty's Stationery Office, 21 janvier 1981

HOUSE OF COMMONS HANSARD, vol. 19, Londres, 8 mars 1982

vol. 201, Londres, 6 mai 1870

HOUSE OF LORDS HANSARD, vol. 428, Londres, 18 et 25 mars 1982

vol. 185 et 206, Londres, 19 février 1867 et 23 mai 1871

INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *La francophonie canadienne*, mise à jour le 26 janvier 2018, p. 15 et 17, en ligne :
<<http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/economie/comparaisons-economiques/interprovinciales/chap3.pdf>> (consulté le 15 novembre 2018)

LAURENDEAU, André et A. Davidson DUNTON, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1967-1970

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Codification administrative des Lois constitutionnelles de 1867 à 1982*, Ottawa, Éditions du gouvernement du Canada, 2001

PARLEMENT DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, concernant : Le document intitulé « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada »*, 32^e légis., 1^{ère} sess., fasc. 2, 3, 4, 8, 10, 12, 13, 37, 38, 41, 48, 52 (7 novembre 1980 au 3 février 1981)

PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC, *Mémoire*, déposé dans l'affaire *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureur général)*, 2015 CSC 25, Ottawa, Cour suprême du Canada, 18 décembre 2014

Mémoire, déposé dans l'affaire *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, Ottawa, Cour suprême du Canada, 9 mai 1989

Mémoire, déposé dans l'affaire *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, Ottawa, Cour suprême du Canada, 9 février 1999

Mémoire, déposé dans le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, Ottawa, Cour suprême du Canada, 1^{er} juin 1984

Mémoire, déposé dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212, Ottawa, Cour suprême du Canada, 29 août 1991

SECRÉTARIAT AUX AFFAIRES INTERGOUVERNEMENTALES CANADIENNES, *Positions du Québec dans les domaines constitutionnel et intergouvernemental, de 1936 à mars 2001*, Gouvernement du Québec, 2001

SECRÉTARIAT DU QUÉBEC AUX RELATIONS CANADIENNES, *Positions du Québec dans les domaines constitutionnel et intergouvernemental, de 2001 à 2018*, Gouvernement du Québec, 2019

SÉNAT DU CANADA, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, Première et dernière séance sur le Bill C-120, intitulé : « Loi concernant le statut des langues officielles du Canada »*, 1^{ère} sess., 28^e légis., fasc. 16, 8 juillet 1969

STATISTIQUE CANADA, *Recensement en bref. Le français, l'anglais et les minorités de langue officielle au Canada. Recensement de la population, 2016*, Ministre de l'Industrie, 2017, mis à jour le 31 août 2017

Articles de journaux et autres

ANGERS, F.-A., « La Ligue d'Action nationale et le statut de la langue française », (1970) 59 : 5 *L'Action nationale* 429

ARCHIVES DE RADIO-CANADA, *Émission : Rencontre de Pierre Elliott Trudeau avec les journalistes*, 9 juillet 1976, en ligne : <http://archives.radio-canada.ca/sports/premiers_ministres_canadiens/clips/12893/> (consulté le 7 novembre 2018)

Le « livre beige » du Parti libéral du Québec, émission *Noir sur blanc*, animée par Denise Bombardier, 12 janvier 1980, en ligne : <http://archives.radio-canada.ca/sports/provincial_territorial/clips/7461/> (consulté le 16 janvier 2019)

AUTHIER, Philip, « Francophone minorities outside Quebec fear Bill 40 could hurt them », *The Gazette*, Montréal, 14 janvier 2020, en ligne : <<https://montrealgazette.com/news/quebec/francophone-minorities-outside-quebec-fear-bill-40-could-hurt-them>> (consulté le 29 juin 2020)

« Quebec will appeal ruling giving school boards reprieve », *The Gazette*, 14 août 2020, p. A2

BÉLAIR-CIRINO, Marco, « Ce n'est pas idéal comme entente », *Le Devoir*, 16 mai 2019, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/politique/quebec/554406/cour-supreme-francois-legault-ne-partage-pas-l-enthousiasme-de-sonia-lebel>> (consulté le 23 septembre 2019)

BOUCHARD, Éric et cosignataires, « Le droit de travailler en français au Québec menacé », *Le Devoir*, 21 mars 2017, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/idees/494417/le-droit-de-travailler-en-francais-au-quebec-menace>> (consulté le 9 juillet 2020)

BOURDEAU, Réjean, « Un nouveau cycle autonomiste s'ouvre pour le Québec », *La Presse Plus*, 3 mars 2019, en ligne : <http://plus.lapresse.ca/screens/13236549-17f9-4151-9a8b-6c12adb79ff1__7C__0.html> (consulté le 29 mai 2019)

- BRAËN, André, « Cour suprême et langue d'enseignement – Le retour du libre choix ? », *Le Devoir*, 24 octobre 2009, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/idees/271464/cour-supreme-et-langue-d-enseignement-le-retour-du-libre-choix>> (consulté le 29 juin 2020)
- CARTE DE VISITE, une émission de Gisèle Quenneville, Linda Godin et Daniel Lessard, *Ronald Caza, avocat*, TFO, 2013, en ligne : <<https://www.tfo.org/fr/univers/carte-de-visite/100351878/ronald-caza-avocat>> (consulté le 2 avril 2019)
- CASTONGUAY, Alec, « Le juge en chef du Québec ne veut pas de juges souverainistes », *Le Devoir*, 27 avril 2005, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/non-classe/80419/le-juge-en-chef-du-quebec-ne-veut-pas-de-juges-souverainistes>> (consulté le 6 juin 2019)
- CHAMBERS, Gretta, « The price of Canada is two languages », *The Gazette*, Montréal, 14 juillet 1988, p. B3
- COMEAU, Paul-André, « Le cri des Franco-Albertains. Le Québec doit les appuyer clairement en Cour suprême », *Le Devoir*, vendredi 9 juin 1989, p. 8
- CORNELLIER, Manon, « Langues officielles : l'anniversaire raté », *Le Devoir*, 15 mai 2019, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/editoriaux/554353/langues-officielles-l-anniversaire-rate>> (consulté le 18 juin 2019)
- DAVID, Michel, « La famille éclatée », *Le Devoir*, 27 janvier 2015, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/chroniques/430050/la-famille-eclatee>> (consulté le 25 septembre 2015)
- DESCÔTEAUX, Bernard, « Ottawa négociera avec le Québec sur la loi des langues », *Le Devoir*, 8 juin 1988, p. 2
- « Québec mettra Ottawa en garde contre le projet de loi sur les langues officielles », *Le Devoir*, 7 juin 1988, p. 2
- DUPRÉ, Frédéric, « Entrevue avec Joseph-Yvon Thériault : Le réveil du Québec pour la francophonie canadienne », *Francopresse*, 24 décembre 2018, en ligne : <https://www.francopresse.ca/2018/12/24/entrevue-avec-joseph-yvon-theriault-le-reveil-du-quebec-pour-la-francophonie-canadienne/?fbclid=IwAR1KR_3R_pl3eZkhLbqbv-PA85XKRZY2I20rie_TSkekTFxoMd913GEv4Fw> (consulté le 29 mai 2019).
- DUTRISAC, Robert, « Alexandre Cloutier promet de réaliser six “actions fondatrices” », *Le Devoir*, 27 mai 2016, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/politique/quebec/471971/programme-cloutier#>> (consulté le 6 juin 2019)
- « Institutionnaliser le bilinguisme », *Le Devoir*, 11 mars 2017, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/editoriaux/493734/institutionnaliser-le-bilinguisme>> (consulté le 9 juillet 2020)

- « Juge à la Cour suprême : importante avancée pour le Québec », *Le Devoir*, 18 mai 2019, en ligne : <https://www.ledevoir.com/opinion/editoriaux/554689/juge-a-la-cour-supreme-importante-avancee-pour-le-quebec> (consulté le 11 septembre 2019)
- ELLIOTT TRUDEAU, Pierre, « Comme gâchis total, il serait difficile d’imaginer mieux », *La Presse*, 27 mai 1987, p. A7
- FAURE, Sonya, « Les magistrats jugent-ils en fonction de leur petit-déjeuner ? », *Libération*, 31 mai 2016, en ligne : <https://www.liberation.fr/debats/2016/05/31/les-magistrats-jugent-ils-en-fonction-de-leur-petit-dejeuner_1456400> (consulté le 23 mai 2019)
- FONTAINE, Mario, « L’accord du Lac Meech rendra le Canada impotent (Trudeau) », *La Presse*, 27 mai 1987, p. A1 et A2
- FORTIER, Marco, « La CSEM s’adresse aux tribunaux », *Le Devoir*, 11 septembre 2019, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/societe/education/562306/transfert-d-ecoles-la-csem-s-adresse-aux-tibunaux>> (consulté le 29 juin 2020)
- « Un nouvel observatoire prêt à déboulonner les “mythes” canadiens », *Le Devoir*, 7 avril 2016, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/politique/canada/467521/droits-linguistiques-un-nouvel-observatoire-pret-a-deboulonner-les-mythes-canadiens>> (consulté le 25 septembre 2018)
- GAGNON, Alexis, « M. Duplessis fait machine arrière », *Le Devoir*, 1^{er} avril 1938, p. 1 et 2
- GAUTIER, Charles, « Le bilinguisme dans les services fédéraux », (1925) 13 *L’Action française* 130
- GENDRON, Guy, « Le père de la Charte des droits et libertés en faveur de celle des valeurs », *Radio-Canada*, 28 décembre 2013, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/646952/pere-charte-canadienne-droits-libertes-charte-valeur-quebecoise-laicite-roger-tasse>> (consulté le 6 janvier 2019)
- GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, « Pourquoi un front commun à l’Assemblée nationale contre le plan d’Ottawa ? », *Le Devoir*, 24 octobre 1981, p. 9
- HÉROUX, Omer, « Les commentaires de la “Gazette” », *Le Devoir*, 21 mai 1937, p. 1
- JOHNSON, Jean, « Le Québec, notre grand frère, nous abandonne », *Le Devoir*, 30 janvier 2015, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/idees/430330/francophones-hors-quebec-le-quebec-notre-grand-frere-nous-abandonne>> (consulté le 25 septembre 2018)
- JOHNSON, William, « English dealt another blow on language », *The Gazette*, Montréal, 9 juin 1988, p. B3
- « Language act "unacceptable" to Quebec », *The Gazette*, Montréal, 8 juin 1988, p. B3

- L'ACTION FRANÇAISE, « La doctrine de L'Action française. La langue française », (1927) 17 *L'Action française* 130
- LAFRAMBOISE, Kalina, « Quebec English School Boards Association files legal action against Bill 40, province's education reform », *Global News*, 28 mai 2020, en ligne : <<https://globalnews.ca/news/6997097/qesba-legal-action-school-board-reform-coronavirus/>> (consulté le 29 juin 2020)
- LE DEVOIR, « La priorité du français dans l'interprétation des lois de la province de Québec », 14 juin 1937, p. 1
- LEBLANC, Janique, « Blaine Higgs et les francophones : le malaise des progressistes-conservateurs », *Radio-Canada*, 29 août 2020, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1729995/blaine-higgs-mefiance-francophones-acadiens>> (consulté le 30 août 2020)
- LECLAIR, Anne, « English Montreal School Board joins legal challenge against Bill 40 », *Global News*, 2 juin 2020, en ligne : <<https://globalnews.ca/news/7019452/emsb-joins-legal-challenge-bill-40/>> (consulté le 29 juin 2020)
- LÉGER, Rémi, Linda CARDINAL et Michel DOUCET, « L'illusion de la symétrie entre les minorités linguistiques du Canada », *Le Devoir*, 9 juillet 2019, p. A7
- LESAGE, Gilles, « Plus que des mots », *Le Devoir*, 23 juillet 1988, p. A-8
- « Rémillard absout mais le PQ parle d'ingérence », *Le Devoir*, 22 juillet 1988, p. 1 et 10
- LÉVESQUE, Catherine et LA PRESSE CANADIENNE, « La Commission scolaire English-Montreal conteste devant les tribunaux le transfert de deux écoles », *Le Devoir*, 3 juillet 2019, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/societe/education/557890/commission-scolaire-english-montreal>> (consulté le 20 août 2019)
- LÉVESQUE, Lia, « Les commissions scolaires anglophones contesteront la réforme devant le tribunal », *Le Devoir*, 21 février 2020, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/societe/education/573379/les-commissions-scolaires-anglophones-contesteront-la-reforme-devant-le-tribunal>> (consulté le 29 juin 2020)
- MACPHERSON, Don, « Anglos here don't count as much », *The Gazette*, Montréal, 9 juin 1988, p. B3
- « Spirit of Meech' may be spectre », *The Gazette*, Montréal, 8 juin 1988, p. B3
- McCABE, Aileen, et Jim TRAVERS, « Ottawa may retreat on language », *The Gazette*, Montréal, 23 octobre 1981, p. 1 et 2
- MEAGHER, John, « Quebec anglo groups cheer Supreme Court ruling in B.C. case », *The Gazette*, Montréal, 12 juin 2020, en ligne : <<https://montrealgazette.com/news/local-news/quebec-anglo-groups-cheer-supreme-court-ruling-in-b-c-case>> (consulté le 29 juin 2020)

- MIVILLE, Serge et Stéphanie CHOUINARD, « La relation paradoxale du Québec et de la francophonie canadienne », *Le Devoir*, 6 juillet 2019, p. B9
- MYLES, Brian, « Nomination des juges : les limites de la Libéraliste », *Le Devoir*, 7 mai 2019, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/editoriaux/553757/nomination-des-juges-les-limites-de-la-liberaliste>> (consulté le 23 septembre 2019)
- NADEAU, Jean-François, « Des francophones poursuivent le gouvernement albertain », *Le Devoir*, 18 août 2020, p. A5
- ORFALI, Philippe, « Les “écoles passerelles” n’ont pas la cote », *Le Devoir*, 5 janvier 2016, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/societe/education/459351/acces-a-l-ecole-anglophone-les-ecoles-passerelles-n-ont-pas-la-cote>> (consulté le 14 août 2019)
- « Québec s’oppose aux minorités francophones », *Le Devoir*, 22 janvier 2015, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/societe/education/429628/education-quebec-s-oppose-aux-minorites-francophones>> (consulté le 7 septembre 2018)
- PELLETIER, Benoît, « L’asymétrie », *Le Droit*, 22 juin 2015, en ligne : <<https://www.ledroit.com/opinions/votre-opinion/lasymetrie-c786ca76ac9b38adafb29a2149574db2>> (consulté le 18 septembre 2018)
- PINEDA, Améli, « La CSEM échoue à bloquer le transfert de deux écoles vers le réseau francophone », *Le Devoir*, 9 juillet 2019, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/societe/education/558277/transfert-d-ecole-la-csem-echoue-a-bloquer-le-transfert-de-deux-ecoles#>> (consulté le 4 septembre 2019)
- POIRIER, Éric, « Francophonie : il faut revoir la politique linguistique canadienne », *Le Devoir*, 13 juillet 2019, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/idees/558610/francophonie-canadienne-il-faut-poser-la-question-du-regime>> (consulté le 20 août 2019)
- « L’anniversaire qui n’intéresse personne », *Le Devoir*, 21 août 2019, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/idees/560985/langues-officielles-du-canada-l-anniversaire-qui-n-interesse-personne#>> (consulté le 22 août 2019)
- PRESSE CANADIENNE, « Cour suprême. Une première sur les droits linguistiques », *Le Devoir*, mercredi 14 juin 1989, p. 2
- « Le Manitoba plaide pour la Loi 101 », *Le Devoir*, 11 juin 1979, p. 7
- « Le PQ accuse Rémillard de mollesse face au projet C-72 », *Le Devoir*, 9 juin 1988, p. 2
- « Lucien Bouchard se battra contre Québec s’il le faut », *Le Devoir*, 21 juillet 1988, p. 3
- PROULX, Jean-Pierre, « Franco-Albertains. Au tour de la FFHQ de dénoncer Québec », *Le Devoir*, mercredi 7 juin 1989, p. 10

- « Franco-Albertains. La position du Québec réjouit les requérants », *Le Devoir*, vendredi 16 juin 1989, p. 2
- « Le droit de gestion scolaire. Les Franco-Albertains n'admettent pas le croc-en-jambe du Québec », *Le Devoir*, jeudi 1^{er} juin 1989, p. 6
- RADIO-CANADA, « Mort de Roger Tassé, architecte de la Charte canadienne des droits et liberté[s] », 21 mai 2017, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1035021/mort-roger-tasse-architecte-charte-canadienne-droits-liberte-canada>> (consulté le 6 janvier 2019)
- ROBITAILLE, Antoine, « Mini-Meech », *Le Devoir*, 26 avril 2014, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/editoriaux/406608/renvoisurles>> (consulté le 30 juin 2020).
- ROUSSEAU, Guillaume et Éric POIRIER, « Sortir du piège de l'article 23 », *Le Devoir*, 28 janvier 2015, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/idees/430094/sortir-du-piege-de-l-article-23>> (consulté le 4 juin 2019)
- ROY, Michel, « Le difficile sommet de novembre », *Le Devoir*, 24 octobre 1981, p. 16
- RUDIN, Ronald, « La politique québécoise et les minorités francophones », *Le Devoir*, 20 juin 1979, p. 5
- RUEL-MANSEAU, Audrey, « Réforme scolaire : un sursis pour les commissions scolaires anglophones », *La Presse*, 10 août 2020, en ligne : <<https://www.lapresse.ca/actualites/education/2020-08-10/reforme-scolaire-un-sursis-pour-les-commissions-scolaires-anglophones.php>> (consulté le 30 août 2020)
- RYAN, Claude, « Le conflit non réglé de Saint-Léonard », *Le Devoir*, 12 septembre 1968, p. 4
- S.A. « L'heure du rapprochement pour le Québec et la francophonie canadienne », *Onfr+*, 31 janvier 2019, en ligne : <https://onfr.tfo.org/lheure-du-rapprochement-pour-le-quebec-et-la-francophonie-canadienne/?fbclid=IwAR3JdmDZndAH9ELhIdVSYK0Jb9ronJkbt0d2o_jQ8xGvTRdhJNwHGMVOQQ> (consulté le 29 mai 2019)
- SCOTT, Sarah, « Ottawa to consult with Quebec on English », *The Gazette*, Montréal, 8 juin 1988, p. A1
- « Remillard wants say in federal language plans », *The Gazette*, Montréal, 7 juin 1988, p. A4
- SLOAN, Tom, « L'axe Québec-Manitoba », *Le Devoir*, 16 juin 1979, p. 4
- THE CANADIAN ENCYCLOPEDIA, « Accord du lac Meech : document », *Historica Canada*, 16 décembre 2013, en ligne : <<https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/accord-du-lac-meech-document>> (consulté le 6 mars 2019)

- THE GAZETTE, « PCs won't upset French dominance with bill : Bouchard », *The Gazette*, Montréal, 21 juillet 1988, p. B1
- « Senator Wood hesitating on language bill », *The Gazette*, Montréal, 14 juillet 1988, p. A4
- « What Does It Mean? », *The Gazette*, Montréal, 20 mai 1937, p. 8
- THE TELEGRAPH, « Lord Shaughnessy », 2 juin 2003, en ligne : <https://www.telegraph.co.uk/news/obituaries/1431696/Lord-Shaughnessy.html> (consulté le 21 janvier 2019)
- TISON, Marie, « Les libéraux veulent que Lucien Bouchard précise sa déclaration », *Le Devoir*, 9 juin 1988, p. 2
- TRÉPANIÉ, Antoine, « La Loi sur les langues officielles ne sera pas modernisée avant 2021 », *Radio-Canada*, 24 juin 2020, en ligne : <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1714936/loi-langues-officielles-modernisation-retard-pandemie> (consulté le 10 juillet 2020)
- TURCOTTE, Claude, « Trudeau et les dix provinces s'entendent pour le 2 novembre », *Le Devoir*, 24 octobre 1981, p. 1 et 18
- VASTEL, Michel, « L'article 133 est inviolable », *Le Devoir*, 13 juin 1979, p. 1 et 6
- « Le Québec plaide le droit d'amender "sa" constitution », *Le Devoir*, 12 juin 1979, p. 1 et 6