



La protection des minorités au Canada : fondements théoriques, lacunes et pistes de solutions

Par : Olivier Dulude, étudiant collaborateur

Résumé

Le présent article vise d'abord à cerner les fondements philosophiques de la protection des minorités dans une perspective multiculturaliste. À partir de ceux-ci se dégagent les trois dimensions d'un système approprié de protection des minorités, soient les droits individuels, les droits spéciaux des minorités, ainsi que l'autodétermination. Suite à une brève analyse de l'architecture constitutionnelle canadienne en la matière, certaines propositions fondées sur le droit comparé sont avancées afin d'amener ce dernier à un degré de conformité plus élevé avec le modèle proposé. Il s'agit essentiellement de perfectionner les droits de représentation, de créer un droit aux médias dans la langue de la minorité, ainsi que de remanier le fédéralisme canadien.

Abstract

This paper attempts to circumscribe the philosophical grounds for multicultural minority protection systems. Starting from these grounds it becomes possible to define three dimensions of minority protection, namely individual rights, special minority rights, and self-determination. Following a brief analysis of the canadian constitutional architecture on this matter, some suggestions are made, in the light of comparative law, in order to foster compliance with the proposed model. Those propositions mainly focus on representation rights, minority language media rights, and reshuffling federalism.

*Toutes opinions exprimées dans cet article sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement la vision de l'Observatoire national en matière de droits linguistiques. L'auteur est également responsable de la qualité de la langue.

*The opinions expressed in this article are the author's own and do not necessarily reflect the view of the National Observatory on Language Rights. The author is also responsible for the quality of the language.

La protection des minorités au Canada : fondements théoriques, lacunes et pistes de solutions

La protection des minorités et, plus particulièrement, des minorités linguistiques demeure un sujet chaud dans le discours politico-constitutionnel canadien, et ce, même 150 ans après la fondation du pays. Pour ne prendre que ces exemples, l'Acte de Québec, l'Acte d'Union, le compromis fédéral de 1867, le rapatriement de la Constitution avec l'intégration de droits linguistiques et de garanties en faveur des autochtones, ainsi que deux référendums sur la souveraineté du Québec démontrent en effet par eux-mêmes la pertinence de la question minoritaire.

Malgré toutes ces tentatives, le régime canadien de protection des minorités laisse toujours place à l'amélioration. L'objet de la présente réflexion est de souligner les lacunes du système canadien afin de proposer quelques solutions pour y remédier. Pour ce faire, nous ferons d'abord un détour théorique substantiel sur ce qui constitue, dans l'abstrait, un système approprié de protection des minorités.

1. Un système approprié de protection des minorités

Bien que la communauté internationale convient généralement de la nécessité pour les États d'offrir une protection aux minorités¹, ce qui constitue un système approprié pour ce faire est nécessairement controversé et n'est pas sujet à une réponse claire et unique. Des courants de pensée pourtant relativement proches les uns des autres ont mené à des réponses radicalement différentes sur cette question. Par exemple, dans la pensée libérale anglo-saxonne traditionnelle défendue notamment par Ronald Dworkin et John Rawls, la protection des minorités ne peut se faire que par l'instauration d'un cadre procédural selon lequel chacun jouit des mêmes droits, et ce, indépendamment de toute appartenance à un groupe, favorisé ou non. La conclusion logique de cette façon de penser implique l'existence d'une liste de droits individuels garantis dont la restriction doit néanmoins pouvoir se justifier « dans le cadre d'une société libre et

¹*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, en ligne: <<http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>> (consulté le 3 octobre 2016), art. 1.

démocratique », comme nous aimons bien le dire au Canada. C'est d'ailleurs ce que Michael Walzer a nommé le « libéralisme 1 »², qu'on pourrait également nommer égalité formelle. D'un autre côté, des penseurs comme Charles Taylor et Kristin Henrard ont plus récemment soutenu que l'égalité formelle, bien que souhaitable, n'est pas suffisante. Selon ces auteurs, l'État doit adopter des mesures, voire définir un cadre constitutionnel reconnaissant la recherche de l'égalité réelle par des régimes normatifs et procéduraux distincts au profit de certains groupes minoritaires ou défavorisés. On réfère parfois à ce courant de pensée comme le « libéralisme 2 »³. Pour les raisons que nous exposerons dans la section suivante, la deuxième approche nous semble préférable. À cette difficulté conceptuelle s'ajoute par ailleurs le fait qu'un système approprié de protection des minorités ne peut pas aisément être transposé d'un ressort à un autre. En effet, les circonstances affectent nécessairement tant la forme que le contenu d'un tel système⁴.

Ayant ceci à l'esprit, nous tenterons dans cette section de cerner les fondements d'un système approprié de protection des minorités. Il sera ensuite possible d'en inférer quels sont les principaux éléments structurels permettant d'y donner effet. Nous résumerons enfin succinctement les principales caractéristiques du système canadien de protection des minorités et la mesure dans laquelle ce dernier est conforme au modèle présenté.

1.1. Fondement : la reconnaissance d'un droit à l'identité collective

Taylor considère que la reconnaissance est un besoin vital des minorités⁵ et qu'elle est intimement liée au concept d'identité :

« The thesis is that our identity is partly shaped by recognition or its absence, often by the misrecognition of others, and so a person or group can suffer real damage, real distortion, if the people or society around them mirror back to them a confining or demeaning or contemptible picture of themselves. Nonrecognition or

² Michael WALZER, « Comment », dans Amy GUTMANN (dir.), *Multiculturalism*, Princeton, Princeton University Press, 1994, p. 99.

³ *Id.*

⁴ Kristin HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, p. 13.

⁵ Charles TAYLOR, « The Politics of Recognition », dans Amy GUTMANN (dir.), *Multiculturalism*, Princeton, Princeton University Press, 1994, p. 26.

misrecognition can inflict harm, can be a form of oppression, imprisoning someone in a false, distorted, and reduced mode of being. »⁶

La reconnaissance de son identité permet donc à l'individu qui la porte de ne pas subir les conséquences décrites, qui choquent intuitivement la notion de dignité humaine. Cette dernière commande en conséquence l'existence et la reconnaissance d'une identité personnelle à laquelle chaque individu doit pouvoir se conformer afin de s'épanouir. L'identité personnelle existe néanmoins nécessairement dans un contexte social donné qui influence son contenu. Ce contexte social sera évidemment différent si l'on appartient à un groupe minoritaire ou plutôt au groupe majoritaire. L'identité d'un individu est en ce sens à la fois personnelle et collective⁷. Par extension, le droit à l'identité collective est ainsi principalement justifié par la dignité humaine⁸. C'est pour cette raison que le critère retenu par Henrard pour déterminer si un système de protection des minorités est approprié est la reconnaissance d'un droit à l'identité collective en faveur des groupes minoritaires⁹.

Un autre aspect fondamental en matière de protection des minorités est la nécessité d'atteindre l'égalité réelle entre les groupes majoritaires et minoritaires, c'est-à-dire entre les groupes linguistiques dans le contexte canadien¹⁰. De la même manière que l'identité collective, il nous semble juste d'affirmer que l'égalité réelle découle d'une certaine idée de dignité humaine et peut, par le fait même, impliquer un traitement différent pour les groupes minoritaires¹¹. La pensée libérale « 2 » dont il a été question plus haut et qui reconnaît la légitimité de l'égalité réelle en sus de l'égalité formelle a par ailleurs été reconnue par la Cour suprême du Canada,

⁶ *Id.*, p. 25.

⁷ K. Anthony APPIAH, « Identity, Authenticity, Survival. Multicultural Societies and Social Reproduction », dans Amy GUTMANN (dir.), *Multiculturalism*, Princeton, Princeton University Press, 1994, p. 151; C. TAYLOR, « The Politics of Recognition », dans Amy GUTMANN (dir.), *Multiculturalism*, préc., note 5, p. 38.

⁸ Michel BASTARACHE, Michel DOUCET, et Martin RIOUX, « Les droits linguistiques: fondements et interprétation », dans Michel DOUCET et Michel BASTARACHE (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 1, à la page 13; Charles TAYLOR, *Multiculturalisme: différence et démocratie*, Mesnil-sur-l'Estrée, Éditions Aubier, 1994, p. 55; C. TAYLOR, « The Politics of Recognition », dans Amy GUTMANN (dir.), *Multiculturalism*, préc., note 5, p.27.

⁹ K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, préc., note 4, p. 56, 317.

¹⁰ M. BASTARACHE, M. DOUCET, et M. RIOUX, préc., note 8, p. 1, à la page 85; Klaartje WENTHOLT, « Formal and Substantive Equal Treatment: The Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality », dans Titia LOENEN et Peter R. RODRIGUES (dir.), *Non Discrimination Law: Comparative Perspectives*, (Martinus Nijhoff, 1999), p. 53-64.

¹¹ C. TAYLOR, « The Politics of Recognition », dans Amy GUTMANN (dir.), *Multiculturalism*, préc., note 5, p. 39.

l'égalité réelle ayant en effet été utilisée comme principe interprétatif¹². Dans un même ordre d'idées, le plus haut tribunal du pays a cautionné la pertinence, en matière d'interprétation des droits linguistiques, du concept de « progression vers l'égalité » en vue d'atteindre l'égalité réelle¹³.

Il découle de cette analyse qu'un système approprié de protection des minorités doit avoir pour objectif fondamental de reconnaître un droit à l'identité collective pour les groupes minoritaires. La reconnaissance de cette identité s'appuie sur deux piliers¹⁴, soient (1) l'existence de droits individuels garantis, notamment l'interdiction de la discrimination et (2) l'existence de mesures spéciales de protection des minorités visant la reconnaissance d'une identité collective¹⁵. Ces piliers peuvent également être formulés de la façon suivante :

« [F]ull public recognition as equal citizens may require two forms of respect: (1) respect for the unique identities of each individual, regardless of gender, race, or ethnicity, and (2) respect for those activities, practices, and ways of viewing the world that are particularly valued by, or associated with, members of disadvantaged groups »¹⁶.

Ce test a l'avantage de mettre en valeur la pertinence des deux conceptions du libéralisme dont il a été question plus haut. En effet, le premier pilier, l'interdiction de la discrimination, favorise surtout l'égalité formelle et est un prérequis logique au deuxième, qui favorise l'égalité réelle¹⁷. Cette dernière est nécessaire, puisque l'égalité formelle semble peu adaptée à produire une réelle utilité dans le cadre de sociétés où plus d'une communauté culturelle cherche à survivre¹⁸. Dans ces cas, l'identité collective doit être protégée au moyen de mesures s'inscrivant dans le cadre de

¹² *Desrochers c. Canada (Industrie)*, 2009 CSC 8, par. 31; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, par. 31; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 22, 24, 54.

¹³ *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), art. 16(3); *Charlebois c. Saint John (ville)*, 2005 CSC 74, par. 35, 38; *R. c. Beaulac*, préc., note 12, par. 20, 24, 25.

¹⁴ K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, préc., note 4, p. 56, 319.

¹⁵ Kristin HENRARD, « Equality Considerations and Their Relation to Minority Protections, State Constitutional Law, and Federalism », dans G. Alan TARR, Robert F. WILLIAMS, et Josef MARKO (dir.), *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights*, Westport, États-Unis, Praeger Publishers, 2004, p. 29; K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, préc., note 4, p. 8, 321.

¹⁶ Amy GUTMANN, « Introduction », dans Amy GUTMANN (dir.), *Multiculturalism*, Princeton, Princeton University Press, 1994, p. 8.

¹⁷ K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, préc., note 4, p. 9.

¹⁸ C. TAYLOR, « The Politics of Recognition », dans Amy GUTMANN (dir.), *Multiculturalism*, préc., note 5, p. 61.

l'égalité réelle¹⁹. C'est dans cette optique qu'on peut affirmer que l'égalité réelle est nécessaire à la reconnaissance d'une identité collective, bien qu'elle suppose au préalable l'égalité formelle.

Ces deux piliers, donc, sont nécessaires à la reconnaissance d'une identité collective. La mise en pratique de ces piliers constitue toutefois une démarche en trois temps qui est exposée dans la section qui suit.

1.2. Les trois outils essentiels à la reconnaissance de l'identité collective

Dans un ouvrage remarquable, Henrard dégage trois outils essentiels permettant de mettre en œuvre la reconnaissance de l'identité collective²⁰. Les droits individuels, généralement contenus dans une charte des droits, offrent d'abord le cadre nécessaire à l'interdiction de la discrimination. Les mesures spéciales en faveur des minorités se divisent ensuite en deux catégories, c'est-à-dire d'un côté les droits spéciaux des minorités et, de l'autre, l'autodétermination de ces dernières²¹. L'objet de la présente section est de dégager les fondements de ces mécanismes. Plus loin dans ce texte, nous proposerons ensuite un contenu et une application spécifique de ces mécanismes à la situation canadienne.

1.2.1. Les droits individuels

Les droits individuels constituent d'abord une protection procédurale qui vise à reconnaître l'autonomie individuelle comme étant fondamentalement liée à la dignité humaine²². L'application uniforme des droits se fonde sur l'idée que tous les êtres humains, peu importe leurs différences, portent en eux une certaine nature humaine universelle, qui justifie l'existence

¹⁹ K. HENRARD, « Equality Considerations and Their Relation to Minority Protections, State Constitutional Law, and Federalism », dans G. Alan TARR, Robert F. WILLIAMS, et Josef MARKO (dir.), préc., note 15, p. 29.

²⁰ K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, préc., note 4; Voir aussi: José WOEHLING, « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », (2003) 34 *R.D.U.S.* 93.

²¹ K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, préc., note 4, p. 321; Francis DELPÉRÉE, « Territorialité ou personnalité linguistique? », dans Anne-Marie Le POURHIET, *Langue(s) et constitution(s)*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 111.

²² C. TAYLOR, « The Politics of Recognition », dans Amy GUTMANN (dir.), *Multiculturalism*, préc., note 5, p. 56-57; Ronald Dworkin, « Liberalism », dans *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, p. 190-191, 198.

même des droits²³. Dans ce contexte, la protection des membres d'une minorité passe nécessairement par des droits individuels, qui ont alors pour principal objet l'interdiction de la discrimination²⁴, répondant ainsi au premier pilier dont il a été question plus haut. On reconnaît de cette façon la liberté individuelle pour chaque membre du groupe de vivre sa vie comme il l'entend, en harmonie avec les prescriptions inhérentes à l'appartenance au groupe.

Dans ce cadre, la progression vers l'égalité réelle et la reconnaissance de l'identité collective ne peuvent toutefois être que limitées. Cela s'explique notamment par le fait que les droits individuels soient prescrits par une liste qui n'inclut pas nécessairement les besoins les plus urgents des groupes minoritaires, comme les protections en matière d'éducation dans la langue maternelle²⁵: « It would, in any event, be hard to deny that certain important issues regarding minority protection can simply not be dealt with adequately by purely individual rights, because of the essential group dimension of the minority reality. »²⁶ L'interdiction de la discrimination est donc un élément nécessaire, mais insuffisant à la protection des minorités²⁷, puisque la dimension collective de cette dernière est occultée²⁸.

Au Canada, les chartes canadienne et provinciale constituent *a priori* des instruments efficaces en matière de protection des droits individuels²⁹. Il n'est pas opportun de détailler ici le rôle positif qu'ont pu jouer les chartes des droits dans la lutte contre la discrimination et la protection des minorités. Aux fins de la présente réflexion, nous présumerons du caractère approprié de nos chartes en matière de droits individuels, tout en rappelant leur incapacité à reconnaître la dimension collective de la protection des minorités³⁰.

²³ Steven C. ROCKEFELLER, « Comment », dans Amy GUTMANN (dir.), *Multiculturalism*, Princeton, Princeton University Press, 1994, p. 90.

²⁴ K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, préc., note 4, p. 8-10; J. WOEHLING, « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », préc., note 20, p. 116-117.

²⁵ *Ibidem*, p. 56, 319-320.

²⁶ C. TAYLOR, « The Politics of Recognition », dans Amy GUTMANN (dir.), *Multiculturalism*, préc., note 5, p. 52.

²⁷ K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, préc., note 4, p. 8-10, 56, 141-142, 317; J. WOEHLING, « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », préc., note 20, p. 127.

²⁸ K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, préc., note 4, p. 278.

²⁹ J. WOEHLING, « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », préc., note 20, p. 127

³⁰ *Id.*, p. 139.

1.2.2. Les droits spéciaux des minorités

Nous aborderons d'abord, dans cette section, les fondements des droits spéciaux des minorités en dégagant les principes qui les sous-tendent. Il sera ensuite question de la reconnaissance de ce type de droits au Canada.

Principe

Nous l'avons vu, les droits individuels sont insuffisants en ce qui concerne l'atteinte de l'égalité réelle. Les droits spéciaux des minorités, eux, sont un pas dans la bonne direction³¹. Nous tenterons d'abord de les définir, en en dégagant les fondements. Leurs limites seront ensuite énoncées, alors que certaines fausses conceptions les entourant seront réfutées au passage.

Il nous semble de prime abord possible d'affirmer que chaque culture mérite un égal respect. Cette présomption commande en conséquence un traitement différent et donc des droits spéciaux pour les groupes en cause lorsque des impératifs propres à chaque groupe ne peuvent être pris en compte autrement. Il en découle que cette idée d'égal respect s'oppose à des droits individuels dont l'application serait aveugle aux différences découlant de l'appartenance à un groupe ou à un autre, ce que Taylor nomme « difference-blindness »³². Les droits spéciaux présupposent donc une reconnaissance de l'identité qui doit être prise en compte lors de leur élaboration³³.

L'essence des droits spéciaux n'est toutefois pas purement d'accorder des privilèges à un groupe, mais de prendre des mesures visant à atteindre l'égalité réelle par la rectification des désavantages systémiques associés à l'appartenance au groupe minoritaire, qui limitent la

³¹ K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, préc., note 4, p. 220-221.

³² C. TAYLOR, « The Politics of Recognition », dans Amy GUTMANN (dir.), *Multiculturalism*, préc., note 5, p. 66-68.

³³ K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, préc., note 4, p. 242.

reconnaissance de l'identité collective³⁴. Le contenu et l'identité des titulaires de ces droits spéciaux sont déterminés par le contexte et par le principe de proportionnalité³⁵. Ce dernier énonce simplement que ces droits doivent être accordés raisonnablement compte tenu de l'importance des droits, mais aussi des ressources limitées de l'État. Par exemple, l'article 23(3) de la *Charte canadienne* prévoit que le droit à l'instruction dans la langue de la minorité n'existe que lorsque le nombre le justifie³⁶. La reconnaissance de droits spéciaux pour la minorité implique donc qu'il est légitime pour l'État d'entreprendre des projets visant l'épanouissement de certains groupes définis, pourvu que les droits fondamentaux de chacun soient généralement respectés et que cela soit proportionné dans les circonstances.

Il existe ensuite trois fausses conceptions qu'il importe ici de réfuter. La première voudrait que la simple discrimination positive soit suffisante. Cette dernière est toutefois par essence temporaire et doit cesser lorsque le tort historique auquel on cherche à remédier n'existe plus. D'un autre côté, lorsqu'on reconnaît un droit à l'identité, les droits spéciaux en faveur des minorités doivent être permanents, de manière à assurer la pérennité de cette identité³⁷. Cet élément de permanence milite d'ailleurs à notre avis en faveur de la reconnaissance constitutionnelle plutôt que législative des aspects les plus fondamentaux de la différence de traitement.

En outre, il va de soi que les droits que l'on accorde aux minorités doivent être limités. Ils ne doivent pas saper indûment le respect de la diversité ou des droits individuels³⁸, bien que certaines restrictions à ces derniers puissent se justifier³⁹. Il y a évidemment une tension entre les droits individuels et les droits spéciaux des minorités, mais cette tension ne pose pas plus problème⁴⁰ que celle qui survient entre des droits individuels concurrents comme la liberté et l'égalité⁴¹. La conception erronée selon laquelle il existe une réelle incompatibilité entre droits

³⁴ *Id.*, p. 224.

³⁵ *Id.*, p. 241.

³⁶ *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, par. 42; *Territoires du Nord-Ouest (Procureur général) c. Association des parents ayants droit de Yellowknife*, [2015] N.W.T.J. no 5, par. 85.

³⁷ C. TAYLOR, « The Politics of Recognition », dans Amy GUTMANN (dir.), *Multiculturalism*, préc., note 5, p. 40.

³⁸ S. C. ROCKEFELLER, préc., note 23, p. 92.

³⁹ Jürgen HABERMAS, « Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State », dans Amy GUTMANN (dir.), *Multiculturalism*, Princeton, Princeton University Press, 1994, p. 112.

⁴⁰ J. WOEHLING, « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », préc., note 20, p. 128-129, 147.

⁴¹ C. TAYLOR, « The Politics of Recognition », dans Amy GUTMANN (dir.), *Multiculturalism*, préc., note 5, p. 59-60.

individuels et droits spéciaux des minorités fait d'ailleurs vraisemblablement partie des considérations qui ont fait échouer le concept de « société distincte » avec le naufrage de l'Accord du lac Meech⁴².

Une autre fausse conception concernant les droits spéciaux en faveur des minorités est celle selon laquelle ils favorisent le sécessionnisme⁴³. Il semble, au contraire, que les droits spéciaux accordés aux minorités favorisent la paix interne, et ce, en raison d'une attitude positive des minorités envers l'État lorsque ce dernier démontre une volonté de ne pas les assimiler. De plus, l'unité nationale est encouragée par le sentiment, pour les minorités, que l'appartenance à l'État est suffisamment avantageuse pour qu'elles acceptent de céder une portion d'autonomie. La reconnaissance d'un traitement différent pour les minorités assure enfin un frein à la tyrannie de la majorité et, en conséquence, aux tendances sécessionnistes.⁴⁴ Au Canada, par exemple, il tombe sous le sens que le manque de reconnaissance de la majorité anglophone canadienne à l'égard des aspirations de la minorité francophone (incarnée par la province de Québec) a grandement participé à la popularité du mouvement souverainiste⁴⁵.

Les droits et leur reconnaissance au Canada

Il importe, à ce stade-ci, de déterminer quels sont les droits spéciaux devant être reconnus en faveur des minorités. Rappelons que leur contenu sera fortement influencé par les circonstances, par la nécessité de minimiser les atteintes aux droits individuels ainsi que par le principe de proportionnalité. Les droits les plus couramment reconnus sont : (1) les garanties linguistiques dans les communications avec l'État ; (2) les droits de représentation et de participation ainsi que (3) le droit d'assurer la pérennité du groupe minoritaire.

⁴² *Id.*, p. 60.

⁴³ J. WOEHLING, « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », préc., note 20, p. 147.

⁴⁴ K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, préc., note 4, p. 222.

⁴⁵ C. TAYLOR, « The Politics of Recognition », dans Amy GUTMANN (dir.), *Multiculturalism*, préc., note 5, p. 64.

Les garanties linguistiques dans les communications avec l'État sont d'abord les droits spéciaux les plus simples et probablement les plus répandus⁴⁶. Il s'agit essentiellement de garantir à l'individu membre de la minorité qu'il pourra s'adresser aux représentants de l'État dans sa langue maternelle et que les représentants de l'État s'adresseront à lui dans cette même langue⁴⁷. Le critère de la proportionnalité est ici pertinent et semble appliqué de manière satisfaisante dans le cadre constitutionnel canadien. En effet, les dispositions relatives au bilinguisme parlementaire et gouvernemental au fédéral, au Québec, au Nouveau-Brunswick ainsi qu'au Manitoba⁴⁸ offrent une protection de l'utilisation de la langue minoritaire (l'anglais au Québec et le français dans les autres cas) auprès des gouvernements représentant la vaste majorité des francophones du Canada, ainsi que la seule minorité anglophone provinciale. Nous nous devons toutefois de souligner que l'usage des langues autochtones brillent par leur absence, du moins au fédéral et dans les provinces. Bien que la diversité de ces langues et le nombre de locuteurs⁴⁹ rendent difficile la justification de telles garanties, il n'est pas exclu que le critère de proportionnalité puisse être rempli dans le cas de certaines autorités locales, provinciales ou fédérales dans les communautés autochtones et leurs environs.

Les droits de représentation et de participation consistent, pour leur part, à garantir que certains postes clés de l'appareil étatique seront occupés par des membres de la minorité⁵⁰. La structure électorale canadienne offre certains droits de représentation par l'existence de circonscriptions qui reflètent parfois les milieux de vie des communautés minoritaires, garantissant ainsi la présence, par exemple, de députés québécois francophones au Parlement fédéral et de députés anglophones à l'Assemblée nationale du Québec. Étant donné l'éparpillement géographique et la faiblesse démographique des autochtones, il semble toutefois que leur représentativité législative soit déficiente, bien que leur présence au Sénat risque de s'accroître avec le nouveau processus

⁴⁶ Pour l'exemple Suisse, voir: Jean-François AUBERT, « Le cas de la Suisse », dans Anne-Marie POURHIET (dir.), *Langue(s) et Constitution(s)*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 111.

⁴⁷ K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, préc., note 4, p. 240-241.

⁴⁸ *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 13, art. 16-22; *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., C. 3 (R.-U.), art. 133; *Loi de 1870 sur le Manitoba*, 33 Vict., C. 3 (R.-U.), art. 23.

⁴⁹ Statistique Canada, « Les langues autochtones au Canada, 22 décembre 2012, en ligne: <https://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2011/as-sa/98-314-x/98-314-x2011003_3-fra.cfm> (consulté le 10 novembre 2016).

⁵⁰ K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, préc., note 4, p. 242, 271-276.

de nomination des sénateurs⁵¹. De la même manière, on peut imaginer que peu de députés provinciaux ailleurs qu'au Québec et au Nouveau-Brunswick soient francophones. Le même problème s'applique envers les anglophones du Québec et les autochtones dans presque toutes les provinces. Dans tous ces cas, même si un certain nombre des membres de la minorité en venaient à être élus, ils seraient largement minoritaires et n'auraient donc pas de pouvoir décisionnel significatif.

Le droit de représentation peut-être le plus substantiel est celui prévu par la *Loi sur la Cour suprême* garantissant la présence de trois juges québécois sur le banc du plus haut tribunal du pays⁵². Selon les mots de la Cour elle-même, cela vise à ce que « les traditions juridiques et les valeurs sociales distinctes du Québec y soient représentées, pour renforcer la confiance des Québécois envers la Cour en tant qu'arbitre ultime de leurs droits »⁵³. Une disposition similaire garantit par ailleurs la présence de juges québécois à la Cour fédérale⁵⁴. Bien que ces mesures ne relèvent pas totalement de normes constitutionnelles formelles, elles démontrent la reconnaissance de la nécessité, au Canada, d'assurer des droits de représentation.

Enfin, le droit d'assurer la pérennité de l'identité collective du groupe est souvent associé à des considérations culturelles et linguistiques⁵⁵, dont les principales expressions sont l'usage de la langue minoritaire dans les médias, dans le système d'éducation, ainsi que lors des communications avec l'État⁵⁶. Ce dernier aspect a déjà été analysé plus haut. En ce qui concerne l'éducation dans la langue de la minorité, ce droit doit être reconnu en raison de son rôle fondamental en tant que véhicule de l'identité collective assurant sa transmission de génération en génération⁵⁷. Pour favoriser l'égalité réelle, il va de soi que l'éducation dans la langue

⁵¹ Gouvernement du Canada - Comité consultatif indépendant sur les nominations au Sénat, « Critères d'évaluation », 2 novembre 2016, en ligne: <<https://www.canada.ca/fr/campagne/comite-consultatif-independant-sur-les-nominations-au-senat/criteres-devaluation.html>> (consulté le 9 novembre 2016).

⁵² *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch S-26, art. 5, 6.

⁵³ Renvoi relatif à la *Loi sur la Cour suprême*, 2014 CSC 21, par. 49.

⁵⁴ *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 5.4.

⁵⁵ C. TAYLOR, « The Politics of Recognition », dans Amy GUTMANN (dir.), *Multiculturalism*, préc., note 5, p. 58-59.

⁵⁶ K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, préc., note 4, p. 245-246.

⁵⁷ Mark C. POWER, « Les droits linguistiques en matière d'éducation », dans Michel BASTARACHE et Michel DOUCET (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 657, à la

minoritaire doit par ailleurs être de même qualité que celle dans la langue de la majorité⁵⁸, ce qui semble être la solution retenue au Canada⁵⁹, bien que l'on puisse se demander pourquoi ce droit n'existe pas en faveur des autochtones.

En outre, de par leur rôle important dans la perpétuation de l'identité collective, les médias devraient aussi faire l'objet de certains droits⁶⁰. En effet :

« Le contenu médiatique est important dans la mesure où le destinataire peut s'y identifier et peut le rapporter à ses connaissances, à son imaginaire, à son contexte ou à sa situation. C'est en y découvrant le monde présenté et interprété dans sa langue, en y voyant les informations économiques, politiques et internationales diffusées, discutées, selon ses intérêts, que le minoritaire puisera, dans les médias, une source identitaire, un lien avec sa communauté et sa culture »⁶¹.

Un tel droit aurait donc avantage à exister au Canada, de manière à formaliser tout arrangement législatif ou administratif existant en ce sens. Autrement, des propositions comme celle de 1992 de traduire les nouvelles internationales de CBC Newsworld, rejetée à la faveur de la création de RDI⁶², pourraient se concrétiser au détriment des cultures minoritaires. La notion de « même qualité » mériterait par ailleurs d'être importée, de manière à éviter des situations comme celle de Radio-Canada qui avait, en 2014, en raison d'un financement public insuffisant, des revenus publicitaires égaux à ceux de CBC alors que le marché francophone est quatre fois plus petit⁶³. Il serait raisonnable, à notre avis, de calquer ce droit sur celui à l'éducation dans la langue de la minorité tel qu'actuellement interprété au Canada. Étant donné son caractère peut être moins fondamental que l'éducation ainsi que des difficultés techniques et financières relatives à l'instauration d'un « droit à des médias dans la langue de la minorité », le critère de

page 661, 668; K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, préc., note 4, p. 240-241.

⁵⁸ K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, préc., note 4, p. 257-258.

⁵⁹ *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 13, art. 23; *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, [2015] 2 R.C.S. 139, par. 33; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3, par. 31; *Commission scolaire francophone du Yukon No. 23 c. Procureure générale du Territoire du Yukon*, 2011 YKSC 57, par. 618; *Conseil scolaire Fransaskois c. Saskatchewan*, 2013 SKQB 211, par. 14.

⁶⁰ K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, préc., note 4, p. 267.

⁶¹ Christiane BERNIER, Simon LAFLAMME et Sylvie LAFRENIÈRE, « L'effet de la disponibilité des médias et de la densité de la population minoritaire sur la langue d'exposition aux médias », (2013) 3 *Minorités linguistiques et société* 120, p. 140.

⁶² Alain SAULNIER, *Ici était Radio-Canada*, Montréal, éditions Boréale, 2014, p. 34-35.

⁶³ *Id.*, p. 244.

proportionnalité devrait être appliqué strictement dans la détermination au cas par cas des titulaires de ce droit ainsi que du contenu de ce dernier. Nous reviendrons plus loin sur cette proposition.

Il ressort enfin de cette analyse que le cadre canadien semble satisfaisant en ce qui concerne les droits linguistiques dans les communications avec l'État, sauf peut-être en ce qui concerne les autochtones. D'un autre côté, les garanties de représentation et de participation législatives sont limitées, alors que les garanties en ce qui concerne l'exécutif font carrément défaut et que celles liées au pouvoir judiciaire sont limitées à la Cour suprême et à la Cour fédérale. Finalement, il apparaît que la pérennité de l'identité collective des minorités n'est pas optimalement protégée en l'absence de droits médiatiques analogues à ceux liés à l'instruction dans la langue de la minorité.

1.2.3. L'autodétermination (interne)

Le dernier élément d'un système approprié de protection des minorités, soit l'autodétermination, est probablement le plus important et le plus raffiné. Nous déterminerons d'abord qui sont les bénéficiaires du droit à l'autodétermination avant d'aborder comment ce dernier, en principe, permet de protéger les minorités. Il sera enfin brièvement question de la situation canadienne.

Les bénéficiaires du droit à l'autodétermination

En droit international, le droit à l'autodétermination est généralement accordé aux « peuples »⁶⁴. La tendance contemporaine accepte néanmoins que les minorités devraient aussi en bénéficier, mais dans sa dimension interne plutôt qu'externe⁶⁵. Aux fins de la présente réflexion, nous excluons l'opportunité de recourir à l'autodétermination externe, puisque notre objectif ici est de cerner un cadre satisfaisant de protection des minorités à l'intérieur même du Canada. Ceci dit, il

⁶⁴ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, préc., note 1, art. 1; *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, en ligne: < <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> > (consulté le 3 octobre 2016), art. 1; *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal, Recueil des sentences arbitrales*, 31 juillet 1989, par. 37, 43; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 123-125.

⁶⁵ K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, préc., note 4, p. 291-292, 295-296, 321.

nous semble pertinent de distinguer le rejet par la Cour suprême du droit à la sécession unilatérale du Québec découlant du droit à l'autodétermination, du droit à l'autodétermination externe d'autres groupes minoritaires comme les autochtones qui, eux, pourraient peut-être répondre aux critères de l'ancienne colonie, du peuple opprimé, de l'occupation étrangère ou du refus d'accès réel au gouvernement⁶⁶.

Principe

L'autodétermination interne permet de pallier le caractère essentiellement individuel des droits en reconnaissant une dimension collective à la protection des minorités⁶⁷. Il a été vu, plus haut, que le droit à l'identité collective pouvait requérir un traitement différent en faveur des minorités, notamment par l'octroi de droits spéciaux. L'autodétermination, pour sa part, reconnaît essentiellement que le contenu de ce traitement différent doit être déterminé par les membres du groupe minoritaire lui-même. Ces derniers ont en effet tendance à exiger non pas des droits égaux, mais le droit d'être égal au groupe majoritaire⁶⁸ qui, lui, a notamment le contrôle sur l'appareil gouvernemental. En ce sens, l'autodétermination favorise l'égalité réelle en mettant les groupes minoritaires sur un même pied d'égalité que la majorité, en leur donnant, à eux aussi, le pouvoir politique de choisir les avenues qui correspondent aux conditions culturelles, politiques et sociales les définissant⁶⁹. Il s'ensuit par ailleurs que l'autodétermination comprise en ce sens implique une certaine idée de démocratie⁷⁰. On pourrait en fin de compte définir l'autodétermination, dans le contexte de la protection des minorités, comme la capacité de choisir son propre gouvernement, ainsi que la participation des membres de la collectivité à la prise de décisions. Ces droits de participation, nous l'avons vu, peuvent également être associés aux droits spéciaux des minorités, ce qui démontre l'étroite relation entre les différents aspects de la protection des minorités⁷¹.

⁶⁶ Renvoi relatif à la sécession du Québec, préc., note 64, par. 138.

⁶⁷ K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, préc., note 4, p. 296-297, 316.

⁶⁸ Nicole TÖPPERWIEN, « Participation in the Decision-Making Process as a Means of Group Accommodation », dans G. Alan TARR, Robert F. WILLIAMS, et Josef MARKO (dir.), *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights*, Westport, États-Unis, Praeger Publishers, 2004, p. 41-42.

⁶⁹ K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, préc., note 4, p. 315.

⁷⁰ *Id.*, p. 306-307.

⁷¹ *Id.*, p. 299.

Il va de soi, par ailleurs, que l'autodétermination interne comprend un large éventail de structures internes à l'État qui permettent une prise en compte adaptée des besoins des minorités. Le fédéralisme est peut-être la solution la plus évidente, mais il en existe d'autres⁷². Nous rappelons, à cet effet, la nécessité d'adapter tout système de protection des minorités aux circonstances particulières à chaque groupe et à chaque État. La décentralisation territoriale, dont le fédéralisme est une forme particulièrement avancée⁷³, constitue néanmoins vraisemblablement un outil particulièrement adapté à la protection des minorités territorialement concentrées⁷⁴. L'idée est de faire du groupe minoritaire, à l'échelle étatique, le groupe majoritaire à l'échelle infranationale⁷⁵. L'inévitable limite de cette conception est l'impossibilité de définir des zones parfaitement homogènes⁷⁶. C'est pourquoi la solution optimale consiste en une combinaison d'autonomie territoriale et personnelle⁷⁷. En effet, lorsque le groupe minoritaire est concentré dans un ensemble géographique donné, l'autonomie de cette zone permet de combler le besoin d'autodétermination. Lorsque, d'un autre côté, le groupe minoritaire fait partie d'une entité locale hétérogène, des droits de représentation et de participation politique prennent toute leur importance. Des solutions, comme la prise de décisions selon des majorités spéciales ou des garanties de représentation au sein des institutions gouvernementales, semblent en effet des solutions relativement satisfaisantes et particulièrement adaptées à la situation des groupes marginalisés⁷⁸.

Il semble, en outre, qu'une prise de décisions à une échelle plus locale favorise la prise en compte des intérêts minoritaires en raison de la proximité entre le gouvernement et la population. Il va de soi que les intérêts locaux peuvent être d'ordre économique ou social, mais ils peuvent également être d'ordre culturel. Dans l'optique où l'on cherche à favoriser l'identité collective

⁷² *Id.*, p. 300-301.

⁷³ J. WOEHLING, « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », préc., note 20, p. 144.

⁷⁴ J. HABERMAS, préc., note 39, p. 128.

⁷⁵ F. DELPÉRÉE, préc., note 21, p.105.

⁷⁶ K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, préc., note 4, p. 308-309.

⁷⁷ K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, préc., note 4, p. 313.

⁷⁸ M. BASTARACHE, M. DOUCET, et M. RIOUX, préc., note 8, p. 1, à la page 16; Will KYMLICKA, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 26.

des groupes minoritaires, la prise de décisions décentralisées pourrait ainsi se limiter aux affaires culturelles qui, nous l'avons vu dans le cadre des droits spéciaux des minorités, est essentielle à la pérennité de cette identité⁷⁹.

Au Canada

La solution retenue au Canada pour offrir une certaine autodétermination aux groupes minoritaires est le fédéralisme⁸⁰. Par un compromis historique, on a en effet octroyé à la province de Québec, majoritairement francophone, le contrôle sur certaines matières. Ce compromis est toutefois imparfait à sa face même. Si les francophones québécois et les anglophones hors Québec jouissent de l'autodétermination par leur statut majoritaire dans leur province respective⁸¹ (à l'exception du Nunavut, qui est la seule entité infranationale où plus de 50 % de la population est autochtone⁸²), les anglo-québécois (dans une moindre mesure en raison de leur majorité à l'échelle nationale), les francophones hors Québec et les autochtones sont privés de cette autodétermination. Il semble par ailleurs que l'autonomie fut présentée, lors des débats entourant le rapatriement de la constitution, comme une question de survie culturelle particulièrement importante pour les autochtones et les francophones⁸³. Quelques droits de représentation sont enfin reconnus, comme il en a été question plus haut.

1.3. Résumé de la situation canadienne

Au-delà du principe sous-jacent de protection des minorités transcendant l'architecture constitutionnelle canadienne⁸⁴, il ressort de l'analyse qui a été faite dans la section précédente, qu'un système approprié de protection des minorités se décline en trois aspects : les droits

⁷⁹ K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, préc., note 4, p. 249-250, 254-255.

⁸⁰ *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 48, art. 91-95; Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Danielle PINARD, « Les minorités en droit public canadien », (2004) 34 *R.D.U.S.* 197, par. 9.

⁸¹ M. BASTARACHE, M. DOUCET, et M. RIOUX, préc., note 8, p. 1, à la page 17.

⁸² Statistique Canada, « Profil de la population autochtone en 2006 », en ligne : <<http://www12.statcan.ca/census-recensement/2006/dp-pd/prof/92-594/details/Page.cfm?Lang=F&Geo1=PR&Code1=62&Geo2=PR&Code2=01&Data=Count&SearchText=Nunavut&SearchType=Begins&SearchPR=01&BI=All&Custom=>>> (consulté le 15 octobre 2016).

⁸³ C. TAYLOR, « The Politics of Recognition », dans Amy GUTMANN (dir.), *Multiculturalism*, préc., note 5, p. 52.

⁸⁴ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 64, par. 79-82; J.-F. GAUDREAU-DESBIENS et D. PINARD, préc., note 80, par. 21-28.

fondamentaux, les droits spéciaux des minorités et l'autodétermination interne. Au Canada, les diverses chartes des droits protègent adéquatement les droits fondamentaux, notamment par la prohibition de la discrimination au travers du droit à l'égalité, mais aussi, notamment, par la liberté d'expression et de religion⁸⁵. Ces garanties devraient par ailleurs suffire à protéger les intérêts des minorités issues de l'immigration⁸⁶. Nous avons toutefois tenté de soulever certaines lacunes en ce qui a trait aux droits spéciaux des minorités et à l'autodétermination.

En matière de droits spéciaux des minorités, il semble d'abord y avoir un manque de droits de représentation et de participation en faveur des autochtones au Parlement et dans les assemblées législatives provinciales à l'exception du Nunavut, des francophones hors Québec dans les législatures provinciales et des anglo-québécois (sous réserve de leur situation majoritaire au palier fédéral) à l'Assemblée nationale du Québec, ce qui se répercute également dans la branche exécutive de l'État. Il semble enfin que ces mêmes groupes soient sous-représentés dans les instances judiciaires, sous réserve des Québécois à la Cour suprême et à la Cour fédérale. L'absence de reconnaissance du droit à l'éducation dans la langue de la minorité pour les autochtones et d'un droit à des médias dans la langue de la minorité mine par ailleurs la capacité des groupes minoritaires à assurer la pérennité de leur identité collective.

Enfin, en matière d'autodétermination, nous avons vu que la structure fédérative canadienne ne rend pas suffisamment compte de la situation de certains groupes minoritaires. Pour ces groupes, l'autonomie en matière culturelle pourtant nécessaire à la reconnaissance d'une identité collective est ainsi presque inexistante d'un point de vue constitutionnel.

Considérant ces lacunes, nous proposerons, dans les prochaines sections, les modifications qui nous semblent nécessaires pour les pallier. Il sera d'abord question de la modification des droits spéciaux des minorités, ainsi que de notre structure fédérale.

⁸⁵ *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 13, art. 15; *Charte des droits et libertés de la personne*, R.L.R.Q., c. C-12, art. 10; J. WOEHLING, « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », préc., note 20, p. 127.

⁸⁶ M. BASTARACHE, M. DOUCET, et M. RIOUX, préc., note 8, p. 1, à la page 15-6; W. KYMLICKA, préc., note 78, p. 26.

2. Modification des droits spéciaux des minorités au Canada

Ayant en tête la portée et les limites des droits spéciaux des minorités au Canada, nous proposerons ici quelques pistes de solutions afin d'améliorer le régime actuel. Il sera d'abord question des droits de représentation. Ensuite, le droit à des médias dans la langue de la minorité fera l'objet d'un court développement, qui sera suivi de la question d'étendre les droits minoritaires aux autochtones.

2.1. Droits de représentation

Nous traiterons tout d'abord, dans cette section, de la portée et des limites des droits de représentation. Nous aborderons ensuite quelques perspectives comparatives sur cette question afin de dégager des exemples potentiellement applicables au Canada pour les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.

2.1.1. Portée et limites des droits de représentation

Comme il en a été question plus haut, les droits spéciaux des minorités ont une importance marquée en matière de promotion de l'identité collective. C'est tout particulièrement le cas en ce qui concerne les droits de représentation, puisque ces derniers visent à permettre aux minorités de défendre elles-mêmes leurs intérêts⁸⁷. Nous verrons d'ailleurs plus loin que ces droits jouent un rôle majeur en matière d'autodétermination. En outre, si la décentralisation contribue plus efficacement à la participation politique des minorités territorialement concentrées, le consociativisme permet une participation politique des groupes minoritaires non territorialement concentrés par la discussion politique entre représentants de chaque groupe⁸⁸ ainsi que par le

⁸⁷ K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, préc., note 4, p. 271.

⁸⁸ *Id.*, p. 272-273; Arend LIJHART, « Consociational Democracy », 207 *World Politics*, Vol 21, no 2, 1969, p. 209, 213.

partage des pouvoirs entre ces groupes⁸⁹. La forme la plus évidente d'un tel système est de garantir que certains postes clés de l'appareil étatique seront occupés par des membres des minorités.

Il va de soi que les droits de représentation ne doivent toutefois pas aller jusqu'à permettre la paralysie du système décisionnel⁹⁰. Ils ne doivent pas non plus être conçus ou exercés de manière à mobiliser les forces politiques sur les seules bases ethniques ou linguistiques⁹¹.

« In other words, participation rights should prevent the tyranny of the majority without introducing the tyranny of the minority or the continuous unsolvable confrontation of groups. Participation rights, therefore, should aim at establishing a system that generates viable compromises. »⁹²

Ceci dit, la participation peut s'imaginer à n'importe quel niveau décisionnel. Elle peut en effet être garantie aux pouvoirs législatif, exécutif ou judiciaire⁹³. La Suisse, par exemple, prévoit des droits de participation aux groupes linguistiques pour les trois branches de l'appareil étatique⁹⁴. Ce genre d'arrangement pourrait tout autant s'appliquer au Canada, compte tenu des adaptations nécessaires.

2.1.2. Les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire

D'abord, du côté du pouvoir législatif, les problèmes de représentativité dont il a été question précédemment pourraient être atténués par l'adoption de mesures semblables à celles ayant cour en Allemagne. Par exemple, dans le Land de Schleswig-Holstein, la représentation de la minorité danoise est assurée par la nécessité d'un nombre de votes moindre en faveur de leur parti afin d'obtenir un représentant à l'assemblée législative⁹⁵. Il serait également possible de songer à une

⁸⁹ Jens WOELK, « Federalism and Consociationalism as Tools for State Reconstruction? The Case of Bosnia and Herzegovina », dans G. Alan TARR, Robert F. WILLIAMS, et Josef MARKO (dir.), *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights*, Westport, États-Unis, Praeger Publishers, 2004, p. 184.

⁹⁰ N. TÖPPERWIEN, préc., note 68, p. 46.

⁹¹ *Id.*

⁹² *Id.*

⁹³ *Id.*

⁹⁴ *Id.*, p. 46, 51.

⁹⁵ Norman WEISS, « The Protection of Minorities in a Federal State: The Case of Germany », dans G. Alan TARR, Robert F. WILLIAMS, et Josef MARKO (dir.), *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights*, Westport, États-Unis, Praeger Publishers, 2004, p. 81.

solution semblable à celle retenue par le Land de Brandebourg. Ce dernier possède un Conseil des affaires sorabes (minorité linguistique du Land) qui assiste et conseille le Parlement dans l'exercice de ses fonctions⁹⁶. Dans la même veine, le Canton suisse de Berne accorde un statut spécial aux districts de langue française. Ce statut spécial donne une voix au Conseil régional, qui participe à la préparation de toute initiative visant spécifiquement les districts francophones. Au moins l'un des sept membres de l'exécutif cantonal doit par ailleurs résider dans l'un des districts francophones⁹⁷. Ces mesures, transposées dans la Constitution du Canada, permettraient aux minorités provinciales, quelles qu'elles soient, de bénéficier d'une représentativité accrue à la législature. Cela vaut évidemment tout autant pour la Chambre des communes.

La branche exécutive pourrait aussi être plus inclusive. Certains États réservent en effet certains postes clés de l'administration à des membres des minorités. C'est le cas notamment, nous l'avons vu, de la Suisse, mais également du Liban⁹⁸, des Pays-Bas, de l'Autriche, de la Colombie, de l'Uruguay⁹⁹ et du Tyrol du Sud, en Italie¹⁰⁰. La République serbe de Bosnie-Herzégovine, les postes de président, vice-président et premier ministre sont, de manière rotative, accordés parfois à des Bosniaques, parfois à des Croates¹⁰¹. De la même façon, il pourrait être possible, au Canada, de garantir que certains postes exécutifs soient occupés par des personnes issues des groupes minoritaires ou, au minimum, que ces personnes les occupent de temps à autre en fonction de périodes définies. Ainsi, au Québec, des garanties de représentation pour les anglophones et les autochtones pourraient être prévues. À l'inverse, dans les autres provinces, dans certains territoires et au fédéral, des garanties similaires pourraient prévoir que des postes soient réservés à des francophones et à des autochtones. Les postes réservés pourraient être essentiellement liés aux affaires qui touchent plus particulièrement les groupes minoritaires

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ Giovanni BIAGGINI, « Federalism, Subnational Constitutional Arrangements, and the Protection of Minorities in Switzerland », dans G. Alan TARR, Robert F. WILLIAMS, et Josef MARKO (dir.), *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights*, Westport, États-Unis, Praeger Publishers, 2004, p. 224-225.

⁹⁸ J. WOEHLING, « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », préc., note 20, p. 151.

⁹⁹ A. LIJHART, préc., note 88, p. 209, 213-214.

¹⁰⁰ Francesco PALERMO, « Asymmetric, “Quasi-Federal” Regionalism and the Protection of Minorities: The Case of Italy », dans G. Alan TARR, Robert F. WILLIAMS, et Josef MARKO (dir.), *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights*, Westport, États-Unis, Praeger Publishers, 2004, p. 117.

¹⁰¹ J. WOELK, préc., note 89, p. 180.

comme la culture, la langue, l'éducation et les médias. Ainsi, des postes de ministres ou sous-ministres dans ces matières pourraient être réservés aux membres des minorités. Cela aurait pour avantage de limiter la capacité des groupes minoritaires à paralyser l'appareil gouvernemental sur des questions qui ne relèvent pas directement de la promotion de leurs intérêts ou de leur identité collective.

Du côté du pouvoir judiciaire, la garantie de présence de juges québécois à la Cour suprême ainsi qu'à la Cour fédérale permet certes de refléter les valeurs sociales québécoises, mais fait défaut dans la reconnaissance des valeurs des francophones hors Québec, des Anglo-Québécois et des autochtones. Pour y remédier, on pourrait notamment : (1) réserver un siège à la Cour suprême aux autochtones ; (2) garantir un ou plusieurs sièges à la Cour d'appel de certaines provinces aux groupes minoritaires et; (3) réserver un siège à la Cour fédérale aux autochtones et aux francophones hors Québec.

En fin de compte, les solutions proposées ne sont pas exhaustives et ne sont peut-être même pas les meilleures. Si on décidait néanmoins d'aller de l'avant avec certains droits de représentation au Canada, il nous semble qu'un débat démocratique sur la question devrait avoir lieu, de manière à cerner les solutions les plus acceptables et les plus efficaces. Ce qui est avancé ici ne constitue donc que des suggestions visant à lancer le débat.

2.2. Le droit aux médias dans la langue de la minorité

Comme il en a été question plus haut, les médias, tout comme l'éducation, constituent un vecteur important de la pérennité de l'identité collective. Il devient donc intéressant de garantir un droit à des médias dans la langue de la minorité. Afin de cerner les contours d'un tel droit au Canada, nous aborderons rapidement les aspects les plus importants du droit à l'éducation dans la langue de la minorité tel qu'il existe actuellement afin de faire les parallèles qui s'imposent avec les médias. Il va de soi que nous n'aborderons que les grandes lignes, sans faire toutes les distinctions qui s'imposeraient si l'objet de la présente section était de donner un enseignement exhaustif des règles entourant l'article 23 de la *Charte*.

2.2.1. Le droit à l'éducation dans la langue de la minorité

Afin de pouvoir effectuer les rapprochements appropriés entre le droit à l'éducation dans la langue de la minorité et celui aux médias, il importe de définir les contours du premier. Conséquemment, il sera d'abord question des titulaires des droits prévus à l'article 23, du contenu de ces droits, de leurs limites, ainsi que de leur interprétation.

Il se doit d'abord d'être dit que les droits garantis par l'article 23 sont réservés aux citoyens canadiens¹⁰². Par ailleurs, lorsqu'un parent ou le gardien d'un enfant bénéficie d'un droit, alors cet enfant en est généralement également titulaire¹⁰³. Il est aussi à noter que les groupes minoritaires sont considérés dans une province dans son ensemble. Les droits de l'article 23 ne sont donc pas négativement affectés lorsqu'un groupe minoritaire provincial forme la majorité dans un sous-ensemble géographique donné¹⁰⁴. Enfin, le texte même de l'article 23 nous renseigne sur les principaux critères permettant de déterminer si un enfant est titulaire de droits. L'enfant peut d'abord bénéficier de la garantie lorsque sa première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité¹⁰⁵. Les parents qui ont reçu leur instruction dans la langue de la minorité peuvent par ailleurs envoyer leurs enfants à l'école dans cette langue¹⁰⁶. Il est enfin possible pour un enfant de poursuivre son instruction dans sa langue, même s'il change de province et que cette langue est celle de la minorité de la province dans laquelle il emménage¹⁰⁷.

D'autre part, le principal droit garanti par l'article 23 est celui d'être instruit, sur des fonds publics, dans la langue de la minorité provinciale¹⁰⁸. Cela implique également, pour la communauté, le droit à des établissements d'enseignement lorsque le nombre d'élèves le justifie et compte tenu de tous les facteurs pertinents¹⁰⁹. La communauté se voit par ailleurs attribuer un

¹⁰² *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 13, art. 23(1), 23(2); M. C. POWER, préc., note 57, p. 657, à la page 678-679.

¹⁰³ M. C. POWER, préc., note 57, p. 657, à la page 679; Michel DOUCET, « L'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés », (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 421, par. 11; *Perron c. Perron*, 2012 ONCA 811, par. 46.

¹⁰⁴ M. C. POWER, préc., note 57, p. 657, à la page 691.

¹⁰⁵ *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 13, art. 23(1)(a).

¹⁰⁶ M. DOUCET, préc., note 103, par. 39; *Loi constitutionnelle de 1982.*, art. 23(1)(b);

¹⁰⁷ *Loi constitutionnelle de 1982.*, art. 23(2).

¹⁰⁸ M. C. POWER, préc., note 57, p. 657, à la page 715; *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 13, art. 23(1).

¹⁰⁹ M. C. POWER, préc., note 57, à la page 718; Gaétan MIGNEAULT, « À propos du nombre pertinent », (2003) 48 *R.D. McGill* 651, par. 27; *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 13, art. 23(3)(b); *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, préc., note 12, par. 57.

droit au contrôle et à la gestion de l'enseignement¹¹⁰. L'instruction prodiguée en vertu de l'article 23 doit par ailleurs être de qualité équivalente à celle de la majorité. Cette exigence s'inscrit en effet dans une perspective d'égalité réelle¹¹¹ et implique l'accès aux ressources nécessaires pour ce faire, et ce, même si cela implique plus de ressources par élève pour la minorité que pour la majorité¹¹².

L'exercice de ces droits est toutefois sujet à certaines conditions et limitations. La première est la fameuse « justification par le nombre »¹¹³. Pour déterminer si un nombre suffisamment élevé d'élèves justifie l'octroi de fonds publics à l'instruction dans la langue minoritaire dans un cas précis, on doit fonctionner selon un test en deux étapes¹¹⁴. On doit d'abord évaluer « le nombre de personnes qui se prévaudront en définitive du programme ou de l'établissement envisagé »¹¹⁵. Ensuite, au cas par cas, on doit s'assurer que les exigences de la communauté minoritaire réclamant des droits en vertu de l'article 23 ne soient pas irréalistes, compte tenu des circonstances¹¹⁶.

La seconde limitation renvoie simplement à l'article premier et au test de l'arrêt *Oakes*¹¹⁷ qui établissent les critères permettant de déterminer dans quelles circonstances il sera justifié de restreindre un droit garanti par la *Charte*. Lorsque la restriction porte sur un droit prévu à l'article 23, il semble que le fardeau de justification soit plus lourd en raison du caractère fondamental des droits linguistiques dans l'architecture constitutionnelle canadienne¹¹⁸. Enfin, nous n'aborderons pas ici en détail la question des garanties confessionnelles, puisqu'il s'agit

¹¹⁰ M. C. POWER, préc., note 57, p. 657, à la page 721-722; M. DOUCET, préc., note 103, par. 61, 69-102; *Mahé c. Alberta*, préc., note 36, p. 394.

¹¹¹ M. C. POWER, préc., note 57, p. 657, à la page 733-734; M. DOUCET, préc., note 103, par. 93; *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2009 CSC 47, par. 29.

¹¹² M. C. POWER, préc., note 57, p. 657, à la page 735; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques*, [1993] 1 R.C.S. 839, par. 16; *Mahé c. Alberta*, préc., note 36, p. 378, 395.

¹¹³ M. DOUCET, préc., note 103, par. 56-57.

¹¹⁴ G. MIGNEAULT, préc., note 109, par. 27.

¹¹⁵ *Id.*, par. 59; *Loi constitutionnelle de 1982*, 23(1), art. 23(3); *Mahé c. Alberta*, préc., note 36, p. 366-367, 384.

¹¹⁶ M. C. POWER, préc., note 57, p. 657, à la page 740; *Mahé c. Alberta*, préc., note 36, p. 385.

¹¹⁷ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, par. 62-79.

¹¹⁸ M. C. POWER, préc., note 57, p. 657, à la page 750-751; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, par. 71-73.

d'une question spécifique à l'éducation¹¹⁹ qui ne nous aide pas en ce qui concerne l'analogie que nous tenterons de faire dans la prochaine section.

Enfin, l'interprétation de l'article 23 est d'une importance marquée. Cette disposition est en effet toute particulière puisque les droits qu'elle crée « imposent explicitement aux gouvernements une obligation positive d'agir »¹²⁰, en plus d'être un droit en partie à caractère social et collectif¹²¹. Ayant ceci en tête, il convient de mentionner que les droits prévus à l'article 23 doivent recevoir une interprétation en fonction de leur objet, c'est-à-dire le maintien et l'épanouissement des deux langues officielles dans les contextes minoritaires et ce, dans la mesure du possible¹²². Le caractère réparateur devrait par ailleurs façonner l'interprétation téléologique de manière à rendre compte de la volonté de pallier les problèmes d'assimilation¹²³. Il convient par ailleurs d'adopter une interprétation large et libérale des droits prévus à l'article 23¹²⁴. Cela emporte deux conséquences incidentes : (1) les dispositions législatives qui limitent les droits prévus à l'article 23 doivent être interprétées restrictivement et (2) l'interprétation téléologique et libérale s'applique tant à l'article 23 qu'aux dispositions législatives qui favorisent la mise en œuvre des droits qu'il garantit¹²⁵.

2.2.2. Analogie

Les contours du droit à l'éducation dans la langue de la minorité qui ont été exposés ci-haut nous permettront maintenant de dégager les principaux éléments d'un droit aux médias dans la langue

¹¹⁹ M. DOUCET, préc., note 103, par. 6; *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 48, art. 93.

¹²⁰ M. C. POWER, préc., note 57, p. 657, à la page 663.

¹²¹ *Id.*, p. 657, à la page 674-676; M. DOUCET, préc., note 103, par. 20-24; *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, par. 23, 33; *P.G. Québec c. Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, p. 79; *L'association des parents francophones de la Colombie-Britannique v. British Columbia* (1997), 167 D.L.R. (4e) 534, par. 9.

¹²² M. C. POWER, préc., note 57, p. 657, à la page 674; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, préc., note 12, par. 27; *R. c. Beaulac*, préc., note 12, par. 25; *Mahé c. Alberta*, préc., note 36, p. 362.

¹²³ M. C. POWER, préc., note 57, p. 657, à la page 675; M. DOUCET, préc., note 103, par. 25-26; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, préc., note 12, par. 27; *R. c. Beaulac*, préc., note 12, par. 25; *Mahé c. Alberta*, préc., note 36, p. 364.

¹²⁴ M. C. POWER, préc., note 57, p. 657, à la page 676-677; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques*, (1990), 64 Man. R. (2e), p. 852; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse*, 2003 CSC 62, p. 23-29; *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, préc., note 119, par. 20; *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, préc., note 111, par. 26.

¹²⁵ M. C. POWER, préc., note 57, p. 657, à la page 676-677.

de la minorité. Tout comme dans la section précédente, il sera question, successivement, des titulaires de ce droit, de son contenu, de ses limites, ainsi que de son interprétation.

Il nous semble, d'abord, que la question des titulaires du droit aux médias dans la langue de la minorité est moins problématique que sa contrepartie en matière d'éducation. En effet, la logique du droit à l'éducation comporte, certes, une dimension collective, mais s'exerce d'une manière plutôt individuelle. On doit en effet, comme nous l'avons vu plus haut, déterminer si un enfant est titulaire du droit selon des critères précis relatifs à la première langue apprise et encore comprise, la langue d'instruction des parents et l'instruction déjà entamée dans une langue. Ces critères sont toutefois difficilement applicables en ce qui concerne les médias. La seule existence d'un média le rend, dans l'environnement technologique actuel, disponible à tous. Il serait donc insensé de distinguer, par exemple, quel ménage peut syntoniser un poste de télévision et quel ménage ne peut pas le faire. La titularité devra donc surtout s'évaluer dans une perspective collective qui sera essentiellement attribuée à un groupe minoritaire en fonction du critère de la justification par le nombre. Nous reviendrons sur cette question plus loin.

Ensuite, l'essence du droit à des médias dans la langue de la minorité serait l'accès, sur des fonds publics, à des médias dans la langue de la minorité provinciale. En plus de cela, des droits de gestion et contrôle vont de soi. La qualité de ces médias devrait par ailleurs idéalement être équivalente, tout comme en matière d'éducation. Il va de soi que les moyens dont disposent les diffuseurs privés d'une province ou encore CBC/Radio-Canada sont disproportionnés par rapport à ce qui serait raisonnable d'octroyer comme ressources à des petits médias locaux dépendant de fonds publics. Néanmoins, lorsqu'il serait justifié d'établir un journal local, une station de radio ou encore une émission de télévision dans la langue de la minorité, la qualité de cette émission ou de ce journal devrait être conforme à certains standards minimaux ainsi qu'aux règles de l'art en matière journalistique. Il est à cet égard essentiel que le contenu offert, même limité, soit original plutôt qu'une simple traduction. Il n'est donc ni nécessaire ni souhaitable d'exiger une norme aussi sévère en matière d'octroi de ressources en ce qui concerne les médias que pour l'éducation.

Par ailleurs, les limites d'un droit à des médias dans la langue de la minorité doivent être plus importantes qu'en ce qui concerne l'éducation, en raison du caractère un peu moins fondamental de ce premier en matière de pérennité de l'identité collective. Le critère de la justification par le nombre doit donc être appliqué strictement. Toutefois, le calcul, même s'il doit se faire aussi au cas par cas, n'a pas toujours à être limité à des espaces géographiques restreints comme c'est le cas en matière d'éducation. En effet, si la revendication d'un droit à un établissement scolaire dans la langue de la minorité peut être fondée sur la présence d'un nombre appréciable d'enfants à l'intérieur d'un territoire permettant un transport scolaire raisonnable, cette restriction n'est pas applicable en ce qui concerne les médias en raison de leur immatérialité (surtout dans le cas de la télévision, de la radio et des médias sociaux). Ainsi, lorsqu'on cherche à établir que « le nombre de personnes qui se prévaudront en définitive du programme » est suffisant et que les exigences de la communauté ne sont pas irréalistes, on doit prendre en compte l'ensemble de la communauté minoritaire visée. Il serait donc possible, par exemple, pour les francophones des maritimes dans leur ensemble de réclamer une station de radio, un journal ou encore une émission de télévision journalière sur des fonds publics. Lorsqu'il s'agit plutôt d'un petit groupe plus concentré comme une communauté autochtone ou encore un quartier francophone compris dans un centre urbain comme St-Boniface à Winnipeg, il n'est pas exclu que le critère de la justification par le nombre puisse néanmoins s'appliquer d'une manière plus analogue à celui en matière d'éducation.

Dans un autre ordre d'idées, la question de la justification en vertu de l'article premier devrait faire l'objet d'une analyse tout aussi rigoureuse en matière de médias que d'éducation. Le caractère fondamental des droits linguistiques demeure en effet pertinent en matière de médias. La limitation en vertu de la justification par le nombre est en outre plus importante et ne devrait pas être amplifiée par un critère de justification laxiste en vertu de l'article premier.

Finalement, la méthode d'interprétation téléologique, large et libérale devrait s'appliquer de la même manière. L'objectif de favoriser l'épanouissement des communautés de langue minoritaire demeure et commande donc une interprétation similaire.

2.3. Reconnaissance des droits spéciaux des minorités aux autochtones

Sans aborder la question autochtone dans le détail, nous aimerions simplement attirer ici l'attention du lecteur sur l'incongruité que constitue la reconnaissance de droits spéciaux en matière linguistique en faveur des francophones et des anglophones, mais pas des autochtones. Nul besoin de faire la preuve que s'il existe bien un groupe minoritaire au Canada dont l'identité collective est menacée, il s'agit des autochtones. Il nous semble donc que tout ce qui a été dit ici en matière de droits spéciaux des minorités s'applique à plus forte raison aux autochtones. La reconnaissance explicite de droits linguistiques et culturels, notamment en matière d'éducation, serait d'ailleurs en phase avec les conclusions de la Commission de vérité et réconciliation du Canada¹²⁶. Enfin, tout comme en ce qui concerne l'autodétermination, les États concèdent généralement des droits spéciaux des minorités aux groupes historiques (par opposition aux minorités issues de l'immigration)¹²⁷. Il nous semble enfin que les autochtones, tout comme les francophones et les anglophones, ont contribué à faire du Canada ce qu'il est aujourd'hui et doivent bénéficier des mêmes droits que les autres groupes minoritaires. Nous reviendrons sur ce point plus loin.

3. Modification du fédéralisme canadien

En plus des droits spéciaux des minorités dont il a été question, un système approprié de protection des minorités comprend un certain degré d'autodétermination en faveur des groupes minoritaires. Au Canada, la structure fédérale permet vraisemblablement de mettre en œuvre cette idée. Il sera d'abord question du partage actuel des compétences en matière linguistique et culturelle, puis d'un partage proposé qui permettrait, à notre avis, de reconnaître plus efficacement l'identité collective des groupes minoritaires au Canada.

¹²⁶ Commission de vérité et réconciliation du Canada, « Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir. Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada », en ligne: <http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/French_Exec_Summary_web_revised.pdf> (PDF), p. 360.

¹²⁷ J. WOEHLING, « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », préc., note 20, p. 129.

3.1. Partage actuel des compétences en matière linguistique et culturelle

Comme il en a été question plus haut, la culture et la langue sont des éléments essentiels à la définition de l'identité collective. La préservation de cette dernière passe donc notamment par l'octroi d'une certaine autonomie dans ces domaines aux groupes minoritaires. C'est pour cette raison que nous traiterons ici de la façon dont le fédéralisme canadien tient compte de cette réalité tout en exposant ses lacunes afin de proposer, dans la section suivante, une alternative.

3.1.1 La langue

La compétence en matière linguistique n'est pas nommément attribuée, aux articles 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, à un palier de gouvernement ou à un autre¹²⁸. Elle est accessoire aux compétences fédérales ou provinciales pertinentes. Ainsi, chaque palier peut adopter des lois en matière linguistique si elles relèvent d'une matière qui lui est attribuée¹²⁹. Comme l'explique Peter Hogg :

« The power to enact a law affecting language is divided between the two levels of government by reference to criteria other than the impact of the law upon languages. On this basis, a law prescribing that a particular language or languages must or may be used in certain situations will be classified for constitutional purposes not as a law in relation to languages, but as a law in relation to the institutions or activities that the provision covers. »¹³⁰

Ainsi, chaque ordre de gouvernement peut légiférer en matière de langue, ce qui constitue en soi une certaine forme de protection des minorités. Il semble toutefois que cette protection soit insuffisante¹³¹. Pour bien comprendre pourquoi, il sera ici question de la compétence fédérale, de la compétence provinciale, ainsi que de certains aspects problématiques de ce partage.

¹²⁸ M. BASTARACHE, M. DOUCET, et M. RIOUX, préc., note 8, p. 1, à la page 52.

¹²⁹ *Id.*, p. 1, à la page 52.; Benoît PELLETIER, « Les pouvoirs de légiférer en matière de langue après la “Loi constitutionnelle de 1982” », (1984) 25 *C. de D.* 229, 243; Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 917, par. XL88; *R. v. Beaulac*, préc., note 12, par. 14; *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182, p. 195; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, 807-809.

¹³⁰ Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5th edition, Toronto, Carswell, 2007, feuilles mobiles, à jour au 25 novembre 2015, p. 56-3; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] R.C.S. 790, par. 14.

¹³¹ P. W. HOGG, préc., note 128, p. 56-4.

En ce qui concerne la compétence fédérale en matière linguistique, disons d'abord simplement que le Parlement peut édicter des lois dans ce domaine en vertu de sa compétence sur la « paix, l'ordre et le bon gouvernement » si une telle loi le concerne lui-même ou est relative aux institutions du gouvernement fédéral¹³². L'autre aspect important de la compétence accessoire du fédéral en matière linguistique est la capacité de régir l'utilisation de la langue dans les entreprises fédérales¹³³.

En ce qui concerne les provinces, elles peuvent également légiférer en matière de langue si cela est accessoire à un exercice de compétence valide. Elles peuvent donc notamment légiférer en ce qui concerne l'usage de la langue dans les institutions provinciales¹³⁴ et le commerce local¹³⁵, en plus de pouvoir établir les langues officielles dans la province¹³⁶.

Ceci dit, la question linguistique présente quelques particularités en matière de partage des compétences. Il semble d'abord qu'en vertu du pouvoir du fédéral de légiférer en ce qui concerne ses institutions, ce dernier peut régir l'usage de la langue dans les instances judiciaires provinciales décidant de matières de compétence fédérale¹³⁷. L'autre aspect singulier du partage des compétences en matière linguistique est la question de l'éducation en milieu minoritaire. S'il est acquis que les provinces jouissent de la compétence de principe en matière d'éducation¹³⁸, il existe néanmoins un droit à l'instruction dans la langue de la minorité sur les fonds publics, comme il en a été question plus haut. Or, il semble que ce soit le fédéral qui ait le fardeau d'assumer cette obligation financière, bien qu'une certaine incertitude plane à ce sujet¹³⁹. La tentation du fédéral d'utiliser son pouvoir de dépenser pour régir indirectement une matière ne

¹³² M. BASTARACHE, M. DOUCET, et M. RIOUX, préc., note 8, p. 1, à la page 53; *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, préc., note 127, par. 8.

¹³³ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 127, p. 918, par. XI.91; *Joyal c. Air Canada*, [1976] C.S. 1211, 1230; *Association des Gens de l'Air du Québec Inc. c. Lang*, [1977] 2 C.F. 22, 39.

¹³⁴ M. BASTARACHE, M. DOUCET, et M. RIOUX, préc., note 8, p. 1, à la page 54; *Devine c. Québec (procureur Général)*, préc., note 127, par. 14.

¹³⁵ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 127, p. 917, par. XI.88; *Devine c. Québec (Procureur général)*, préc., note 127, 807-809.

¹³⁶ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 127, p. 917, par. XI.88; *R. v. Beaulac*, préc., note 12, par. 14.

¹³⁷ M. BASTARACHE, M. DOUCET, et M. RIOUX, préc., note 8, p. 1, à la page 53-54; H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 127, p. 917, par. XI.90; *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, préc., note 127, par. 22; *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, 271; *R. c. Murphy*, (1968) 69 D.L.R. (2d) 530, 532.

¹³⁸ *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 48, art. 93.

¹³⁹ M. BASTARACHE, M. DOUCET, et M. RIOUX, préc., note 8, p. 1, à la page 57-58.

relevant pas de son champ de compétence¹⁴⁰ s'applique ici à notre avis d'une manière particulièrement insidieuse.

3.1.2. La culture

Tout comme en matière de langue, les questions culturelles ne relèvent pas explicitement d'un ordre de gouvernement ou d'un autre. Il s'agit d'une compétence accessoire aux compétences fédérales et provinciales pertinentes¹⁴¹. La compétence fédérale est d'abord généralement limitée à la radio et à la télévision¹⁴². La province demeure néanmoins compétente dans ces matières dans le cas où l'entreprise visée est réellement locale¹⁴³. Il va sans dire que le pouvoir de dépenser du fédéral joue en outre un rôle important dans sa capacité d'agir en matière culturelle¹⁴⁴.

Les provinces, pour leur part, jouissent de la compétence de principe en matière culturelle de par le rattachement de cette dernière à la compétence provinciale relative à la propriété et aux droits civils, ainsi qu'à celle sur les affaires locales. Elles ont donc notamment compétence sur les entreprises non assujetties à la compétence fédérale qui œuvrent dans le domaine culturel¹⁴⁵. Les provinces peuvent par ailleurs légiférer en matière d'éducation¹⁴⁶, sous réserve de certaines garanties confessionnelles et de la compétence fédérale en matière militaire et sur les Indiens¹⁴⁷.

¹⁴⁰ Andrée LAJOIE, « Current Exercises of the 'Federal Spending Power': What Does the Constitution Say About Them », (2008), 34 *Queen's L.J.* 141, (No 1, 36); Eugénie BROUILLET, « La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », (2004), 45 *C. de D.* 7, (No 43).

¹⁴¹ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 127, p. 579-580, par. VI-2.312; *Bande Kitkatla c. Colombie Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 51.

¹⁴² H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 127, p. 579-580, par. VI-2.312; *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 48, art. 91(23); *Avis sur les radio-communications*, [1932] A.C. 304, par. 9-16; *Re C.F.R.B. and A-G Canada*, (1973) 38 D.L.R. (3d) 335 (ONCA), p. 336-338; *Capital Cities Communications Inc. c. C.R.T.C.*, [1978] 2 R.C.S. 141, par. 17-18, 27-29.

¹⁴³ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 127, p. 571-572, par. VI-2.298.

¹⁴⁴ *Id.*, p. 579-580, par. VI-2.312.

¹⁴⁵ *Id.*, p. 579-580, par. VI-2.312; *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 48, art. 92(13), (16).

¹⁴⁶ *Transport Robert (1973) ltée c. Société québécoise de développement de la main-d'oeuvre*, [2000] J.Q. no 3090, par. 15-30.

¹⁴⁷ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 127, p. 580-584, par. VI-2.313-VI-2.323; *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 48, art. 93.

3.1.3 Les lacunes

Au-delà des problématiques particulières qui ont été relevées en matière linguistique, le partage actuel des compétences en ce qui concerne la langue et la culture souffre d'un vice fondamental. Il échoue en effet à pallier le fait que la *Charte* consacre essentiellement des droits d'application individuelle (malgré certaines composantes collectives) assimilables à de simples accommodements¹⁴⁸. L'autonomisation des groupes minoritaires qu'est censé favoriser le fédéralisme canadien n'est par ailleurs que très partielle, puisque ce dernier exclut les Anglo-Québécois, les francophones hors Québec ainsi qu'une grande partie des autochtones de la prise de décisions sur des matières essentielles en matière de développement de l'identité collective comme la langue et la culture.

3.2. Le partage proposé

Afin de pallier cette lacune fondamentale du fédéralisme canadien et d'ainsi donner aux groupes minoritaires une plus grande autonomie en matière culturelle et linguistique, nous proposons la création d'un troisième palier fédératif au Canada, avec les institutions parlementaires et exécutives que cela implique. Les cours supérieures des provinces pourraient toutefois aisément s'occuper de régler les litiges découlant de l'application des lois de ce nouvel ordre de gouvernement. Ainsi, en plus du fédéral et des provinces, viendrait s'ajouter un ordre de gouvernement qu'on pourrait qualifier de « communautaire ». Pour étayer cette proposition, il sera ici question des groupes devant être représentés par ces communautés, des pouvoirs législatifs qui leur seraient attribués ainsi que de la division appropriée de ces nouvelles entités fédérées.

3.2.1 Les groupes

Il incombe d'abord de déterminer quels groupes auraient droit à une représentation communautaire. À ce sujet, plusieurs critères pourraient être pris en compte¹⁴⁹. Tout comme en

¹⁴⁸ M. BASTARACHE, M. DOUCET, et M. RIOUX, préc., note 8, p. 1, à la page 14, 86.

¹⁴⁹ Voir à ce sujet: J. WOEHLING, « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », préc., note 20, p. 95-111.

ce qui concerne les titulaires des droits spéciaux des minorités, il nous semble toutefois que le critère historique soit le plus approprié¹⁵⁰, eu égard à l'architecture constitutionnelle canadienne.

La Constitution reconnaît effectivement en quelque sorte trois groupes principaux au Canada. Par sa structure fédérative, elle reconnaît d'abord les anglophones, qui forment la majorité au niveau fédéral ainsi que dans la majorité des provinces. Par un compromis historique, la communauté francophone jouit aussi d'une reconnaissance constitutionnelle. Il n'y a qu'à penser, par exemple, aux articles 4 et 8 de l'Acte de Québec de 1774 ou encore à l'intégration du Québec comme État fédéré au sein du Canada avec la *Loi constitutionnelle de 1867*. Tant les anglophones que les francophones sont par ailleurs titulaires des droits linguistiques garantis par la *Charte canadienne*¹⁵¹. Notons enfin qu'une certaine doctrine tend à accorder un droit à l'autodétermination (pas nécessairement externe) aux groupes nationaux conquis¹⁵², ce qui est le cas des francophones.

Néanmoins, un troisième groupe peut être qualifié de peuple fondateur du pays et de pilier de l'architecture constitutionnelle canadienne. Il s'agit évidemment des autochtones. L'existence de ces derniers comme groupe structurant de la fédération est tristement reconnue par la compétence fédérale de légiférer sur les matières les concernant directement¹⁵³. L'indice le plus probant demeure toutefois l'insertion, dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, d'une partie spécifiquement dédiée aux droits des autochtones¹⁵⁴. Les récentes tentatives de reconnaissance de la réalité autochtone ainsi que des torts historiques dont ils ont été victimes, notamment par la mise sur pied de la Commission de vérité et réconciliation du Canada, mettent par ailleurs en lumière la responsabilité morale qu'a le Canada de mettre en œuvre la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, dont ses articles 3 et 4. Cela implique la reconnaissance d'un droit à l'autodétermination pour les Premières Nations¹⁵⁵. Nous sommes d'avis, en conséquence, que les autochtones doivent constituer un groupe jouissant de

¹⁵⁰ *Id.*, p. 129, 144.

¹⁵¹ *Loi constitutionnelle de 1982*, 23(1), art. 16-23.

¹⁵² M. BASTARACHE, M. DOUCET, et M. RIOUX, préc., note 8, p. 1, à la page 15; W. KYMLICKA, préc., note 78, p. 26.

¹⁵³ *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 48, art. 91(24); *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des petites et moyennes entreprises, du tourisme et de la culture)*, 2002 CSC 31, par. 66.

¹⁵⁴ Partie II. Voir aussi l'article 25 de cette même loi.

¹⁵⁵ Commission de vérité et réconciliation du Canada, préc., note 124, p. 365.

l'autodétermination, tout comme les francophones et les anglophones. À l'instar des francophones, voire *a fortiori*, leur statut de groupe national conquis, voire marginalisé, devrait par ailleurs militer en faveur d'un droit à l'autodétermination au moins à l'interne¹⁵⁶. Cette nécessité est, certes, déjà prise en compte, dans une certaine mesure, par la dévolution de pouvoirs aux conseils de bande¹⁵⁷, mais ces derniers ne conservent toutefois pas de pouvoirs exprès en matière culturelle et linguistique. Nous verrons plus loin que ce sont précisément ces aspects qui doivent faire l'objet des pouvoirs des communautés. Par ailleurs, notons que la reconnaissance d'une certaine autonomie aux conseils de bande relève de la *Loi sur les Indiens* et non d'un partage formel des compétences consacré par un texte constitutionnel mettant les autochtones sur le même pied d'égalité que les anglophones et les francophones.

Ainsi donc, les groupes minoritaires devant faire l'objet d'une autonomie accrue sont à notre avis les anglophones, les francophones et les autochtones. Il convient ensuite d'établir quels pouvoirs législatifs ces groupes, organisés en communautés, devraient pouvoir exercer.

3.2.2. Les pouvoirs législatifs

Comme il en a été question maintes fois plus haut, la culture et la langue constituent des éléments fondamentaux de l'identité collective. La pérennité de cette identité, nous le rappelons, tient par ailleurs en partie à l'autonomisation des groupes minoritaires dans ces matières. C'est pourquoi il sera ici question d'accorder aux communautés la compétence législative en matière culturelle et, accessoirement, en matière de langue. La question du financement de l'exercice de ces compétences sera également abordée.

La culture doit d'abord faire l'objet d'un chef de compétence formelle. Il n'est toutefois pas acquis qu'il soit absolument nécessaire que les groupes minoritaires jouissent d'une compétence exclusive en la matière. Une solution intermédiaire comme l'octroi aux provinces de la compétence exclusive en matière de culture, complétée par un régime de style « opt out » en faveur des communautés pourrait être envisagée. Ainsi, les provinces pourraient élaborer des

¹⁵⁶ M. BASTARACHE, M. DOUCET, et M. RIOUX, préc., note 8, p. 1, à la page 16; W. KYMLICKA, préc., note 78, p. 26.

¹⁵⁷ *Loi sur les indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 81-86.

politiques générales visant à rendre compte des réalités culturelles de l'ensemble de la province, alors que les communautés pourraient rejeter ces politiques si cela ne leur convient pas. Il va sans dire que ce droit de retrait devrait toutefois s'accompagner d'une compensation financière de manière à rendre réellement effectif le régime d'« opt out ». Une telle prise de responsabilité par les groupes minoritaires envers des enjeux culturels permettrait de compléter les garanties en matière d'éducation et de médias dans la langue de la minorité, qui continuent évidemment d'exister.

En ce qui concerne la langue, il convient de rappeler que ce qui constitue un système approprié de protection des minorités dépend des circonstances. Bien que ce soit également le cas ailleurs, au Canada, langue et culture sont particulièrement liées. Il serait donc incongru d'octroyer une compétence législative en matière culturelle sans que cette dernière n'inclue la capacité de régir l'usage de la langue dans les expressions culturelles. Il nous semblerait toutefois excessif d'accorder une compétence linguistique au sens large aux communautés. Il tombe en effet sous le sens que les divers ordres de gouvernement doivent pouvoir régir l'usage de la langue devant leurs institutions respectives ainsi que dans les affaires relevant de leurs compétences législatives. Ainsi, le régime de la langue comme compétence accessoire tel qu'il existe actuellement demeurerait intact, à l'exception près que la langue deviendrait aussi un accessoire à la compétence des communautés en matière culturelle lorsque l'« opt out » est exercé.

Enfin, l'organisation d'un ordre de gouvernement implique nécessairement des dépenses publiques importantes. Le régime d'« opt out » avec compensation permet de répondre en partie à cette préoccupation. Il serait toutefois avisé d'écartier tout risque de déséquilibre fiscal et donc de possibilité d'ingérence du fédéral ou des provinces dans les affaires communautaires via le pouvoir de dépenser par l'octroi d'un pouvoir de taxation auquel pourrait s'ajouter un régime de transferts fiscaux inconditionnels. Ce qui importe, c'est que les communautés conservent leur autonomie et, donc, que la nécessité du financement ne mine pas l'exercice de l'autodétermination.

Il ressort finalement de cette analyse que les pouvoirs législatifs accordés aux minorités seraient en fin de compte limités aux affaires culturelles. À cette compétence viendrait par ailleurs se

greffer, par la doctrine des pouvoirs accessoires, les questions linguistiques en matière culturelle. Enfin, un pouvoir de taxation jumelé à des transferts fiscaux devrait permettre de financer le tout. Il va de soi qu'une telle complexification de la structure fédérative canadienne commande une application encore plus étendue du fédéralisme coopératif, afin d'assurer un exercice harmonieux des compétences de chaque ordre de gouvernement.

3.2.3. La division

L'ajout d'un ordre législatif communautaire responsable des questions culturelles pose en soi la question de la division devant être adoptée pour l'exercice de la souveraineté, de manière à refléter le plus efficacement possible la réalité de chaque groupe minoritaire. Il existe deux grandes solutions à cet égard. La division peut en effet être territoriale ou personnelle. Il est néanmoins possible d'adopter une solution mixte.

Territoriale

Une division territoriale signifie simplement qu'un ordre de gouvernement est établi sur un territoire donné selon des frontières définies. Elle présuppose nécessairement que le groupe minoritaire constitue la majorité dans la sous-division géographique ainsi créée¹⁵⁸. Cette solution permet une prise de décisions à un niveau local, ce qui est essentiel pour répondre aux préoccupations principales des groupes minoritaires. Les intérêts de ces derniers sont effectivement en général plus liés aux considérations qui les touchent directement qu'aux questions d'envergure nationale¹⁵⁹. Il existe plusieurs exemples de ce genre d'organisation¹⁶⁰, le Québec étant le plus près de nous en ce sens qu'il permet aux francophones du Canada de former la majorité dans un ensemble géographique donné. Les singularités de l'exemple belge, par contre, méritent d'être abordées ici.

¹⁵⁸J. WOEHLING, « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », préc., note 20, p. 130-131, 144; 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, par. 18, 27.

¹⁵⁹ N. TÖPPERWIEN, préc., note 68, p. 46-47.

¹⁶⁰ Pour l'exemple du Tyrol du Sud, voir: F. PALERMO, préc., note 100, p. 116.

Notons, de prime abord, que le fédéralisme belge est notamment fondé sur le principe de territorialité linguistique¹⁶¹. Ce principe est compris dans une structure à trois paliers fédératifs : l'autorité fédérale, les régions, ainsi que les communautés. Ces deux dernières sont des entités fédérées distinctes dont les territoires se chevauchent, mais qui ont leurs propres institutions et compétences législatives¹⁶². Ce sont les communautés qui mettent en œuvre le principe de territorialité linguistique par la formation de trois zones unilingues : une zone francophone, une zone néerlandophone et une zone germanophone. À ces trois communautés s'ajoute celle de Bruxelles-Capitale, qui est une région bilingue française et néerlandaise¹⁶³. À l'exception de cette dernière, la création d'entités fédérées autonomes fondées sur l'unilinguisme permet de pallier la domination historique de l'élite francophone (néanmoins minoritaire) du pays¹⁶⁴. Les compétences législatives des communautés concernent essentiellement les affaires culturelles, l'éducation et l'usage de la langue dans certains domaines en plus de la compétence internationale pour ces matières¹⁶⁵.

Ainsi, tout comme le modèle proposé, la Belgique reconnaît aux divers groupes linguistiques une certaine autodétermination dans les matières qui les touchent le plus directement, c'est-à-dire la culture et la langue. À cela s'ajoute d'abord l'éducation. Il ne nous semble pas approprié d'étendre la compétence des éventuelles communautés canadiennes à l'éducation. Le droit de gestion et de contrôle déjà existant en vertu de l'article 23 de la *Charte* dont il a été question précédemment peut être tout à fait suffisant. Également, la compétence en matière culturelle pourrait permettre aux communautés de soustraire leurs écoles au programme scolaire provincial en ce qui concerne les cours liés à la culture ou à l'histoire pour imposer leurs propres exigences. Ils pourraient aussi vraisemblablement définir la langue d'enseignement de ces cours via la compétence accessoire en matière linguistique. Le contexte canadien milite donc à notre avis à l'encontre de la reconnaissance d'une compétence communautaire en matière d'éducation. La reconnaissance de la compétence internationale aux communautés serait par ailleurs

¹⁶¹ Bernard FOURNIER et Min REUCHAMPS, *Le fédéralisme en Belgique et au Canada. Comparaison sociopolitique*, Bruxelles, Éditions de Boeck, 2009, p. 21.

¹⁶² Wouter PAS, « A Dynamic Federalism Built on Static Principles: The Case of Belgium », dans G. Alan TARR, Robert F. WILLIAMS, et Josef MARKO (dir.), *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights*, Westport, États-Unis, Praeger Publishers, 2004, p. 163

¹⁶³ *Id.*, p. 157-158.

¹⁶⁴ *Id.*

¹⁶⁵ *Constitution de la Belgique*, en ligne : < http://www.senate.be/doc/const_fr.html > (consulté le 5 novembre 2016), art. 127-130.

difficilement justifiable si elle n'était pas également reconnue aux provinces. L'octroi de la compétence sur l'usage de la langue dans des domaines comme le milieu de travail doit s'évaluer au cas par cas. Nous sommes toutefois d'avis, de manière générale, qu'il convient de limiter la compétence linguistique aux matières culturelles, et ce, pour les raisons qui ont été évoquées plus haut.

Il est clair, en fin de compte, que le modèle de la division territoriale permet de prévoir plutôt efficacement une autonomisation des minorités territorialement concentrées, ce qui est *grosso modo* le cas en Belgique. Au Canada, toutefois, si une grande part de la minorité francophone est concentrée au Québec, d'importantes minorités francophones subsistent hors Québec, une minorité anglophone substantielle réside au Québec, alors que les autochtones sont éparpillés un peu partout sur le territoire canadien. La solution territoriale de type belge, si elle est séduisante par sa simplicité, n'offre donc pas un cadre optimal compte tenu des spécificités canadiennes.

Le Canada présente effectivement une répartition géographique particulière qui ne permet pas nécessairement la création d'une zone anglophone, d'une zone francophone et d'une zone autochtone. Il est donc probable que, plutôt qu'une zone unifiée par groupe minoritaire, il soit nécessaire de créer plusieurs communautés par groupe, en fonction de leur répartition territoriale. La création d'une communauté pourrait par exemple être envisagée lorsque le groupe minoritaire forme la majorité dans l'ensemble géographique envisagé et « lorsque le nombre le justifie ». Ces critères cumulatifs doivent être évalués au cas par cas, tout en étant conscient du principe de proportionnalité ainsi que des circonstances. À ce sujet, Francis Delpérée pose la question suivante qui se répond par elle-même : « Suffit-il de trouver quelques francophones perdus dans la Saskatchewan ou quelques anglophones égarés du côté de Chicoutimi pour organiser à leur profit un régime d'aide et d'encouragement au développement de leur langue et de leur culture? »¹⁶⁶. Dans ces cas, nous nous retrouvons tout de même avec des minorités provinciales qui ne forment pas la majorité dans un espace géographique ou encore dont le nombre ne justifie pas la création d'une communauté. La division territoriale, dans ces cas, ne leur est d'aucune utilité.

¹⁶⁶ F. DELPÉRÉE, préc., note 21, p. 109.

Personnelle

La division territoriale, nous l'avons vu, échoue à rendre compte de la réalité vécue par les groupes minoritaires non territorialement concentrés¹⁶⁷. En Inde, par exemple, les minorités musulmane et chrétienne sont dispersées sur tout le territoire et ne forment presque jamais la majorité dans les entités fédérées. Il en résulte qu'à défaut d'une volonté de la majorité d'inclure les minorités (ce qui n'est pas vraiment le cas dans ce pays), ces dernières sont systématiquement exclues du pouvoir politique et ont peu à dire sur l'application de leurs droits individuels¹⁶⁸. Si au Canada la situation est évidemment moins extrême, il nous semble tout de même dangereux de laisser à la bonne volonté des politiciens le soin d'accorder ou non une reconnaissance aux groupes minoritaires au sein des entités fédérées. C'est pourquoi une certaine autonomie personnelle est un prérequis à l'autonomie territoriale telle que décrite plus haut. Cette autonomie personnelle devrait donc être acquise pour un membre de la minorité de par sa simple appartenance au groupe minoritaire, indépendamment du lieu de résidence de l'individu¹⁶⁹.

Pour favoriser cette autonomie, « political integration of local minorities into the political process through participation rights at the state and the local level can become relevant »¹⁷⁰. Il s'agit donc d'accorder des droits de nature politique aux individus en tant que membres de la minorité¹⁷¹. Ces droits politiques prendront la forme de droits de représentation ou de participation¹⁷², ce qui revient, en fin de compte, à l'un des aspects des droits spéciaux des minorités dont il a été question plus haut. Rappelons simplement à ce sujet que les droits de participation et de représentation peuvent en théorie être exercés à tous les niveaux de gouvernement et au sein de toutes les institutions étatiques, bien qu'il puisse être suffisant de limiter la participation à la prise de décisions concernant les enjeux culturels et linguistiques. Les

¹⁶⁷J. WOEHLING, « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », préc., note 20, p. 131, 148.

¹⁶⁸ Arshi KHAN, « Federalism and Nonterritorial Minorities in India », dans G. Alan TARR, Robert F. WILLIAMS, et Josef MARKO (dir.), *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights*, Westport, États-Unis, Praeger Publishers, 2004, p. 199-207.

¹⁶⁹ F. DELPÉRIÉ, préc., note 21, p. 106-107.

¹⁷⁰ N. TÖPPERWIEN, préc., note 68, p. 42.

¹⁷¹J. WOEHLING, « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », préc., note 20, p. 150.

¹⁷² F. DELPÉRIÉ, préc., note 21, p. 107.

propositions énoncées plus haut visant une plus grande représentativité des minorités au fédéral et dans les provinces s'appliquent donc évidemment aussi aux communautés, compte tenu des adaptations nécessaires.

Une autre solution, celle du fédéralisme personnel, existe aussi, bien qu'elle soit peu utilisée dans le monde. L'organisation démocratique et juridique repose en effet généralement sur la territorialité de la représentation politique et de l'application des lois¹⁷³. Le fédéralisme personnel nous semble en ce sens difficile d'application en ce qui nous concerne, d'autant plus que le rôle joué par une solution territoriale lorsque le nombre le justifie jumelée à des droits spéciaux pour les minorités applicables *a mari usque ad mare* semble suffisant.

La solution pour le Canada

Il ressort de cette analyse que la solution canadienne devra comporter non seulement une autonomie de type territoriale, mais également une dimension personnelle. La solution finale en matière d'autodétermination des groupes minoritaires serait donc l'ajout d'un palier fédératif dit « communautaire » en plus des modifications aux droits spéciaux des minorités dont il a été question plus haut. Ainsi, la minorité provinciale formant la majorité dans une communauté obtiendra la capacité de gérer ses propres affaires en matières culturelle et linguistique, alors que les autres pourront néanmoins opposer aux gouvernements des droits de participation, en plus de ceux en matière d'éducation et de médias.

Conclusion

L'objectif de la présente réflexion était, d'abord, de cerner les contours théoriques de ce qui constitue un système approprié de protection des minorités. Nous en sommes venus à la conclusion que le fondement de ce dernier peut être réduit à la nécessité de reconnaître l'identité collective des groupes minoritaires. Cette reconnaissance repose essentiellement sur deux piliers, soient l'interdiction de la discrimination par le respect des droits individuels fondamentaux, ainsi

¹⁷³ J. WOEHLING, « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », préc., note 20, p. 149-150.

que la mise en œuvre de mesures spéciales en faveur des minorités. Ces mesures spéciales, elles, comportent un aspect substantif, les droits spéciaux des minorités, et un aspect procédural, l'autodétermination.

En présumant du caractère approprié des droits individuels, nous avons ensuite mis en lumière ce qui nous semblait être les lacunes principales au Canada en matière de droits spéciaux des minorités. La première est une déficience dans l'octroi de droits de représentation et de participation des minorités dans les instances législatives, exécutives et judiciaires. Y figure également l'insuffisance du droit à l'éducation dans la langue de la minorité. Nous avons enfin tenté de démontrer que la structure fédérale actuelle ne répondait pas aux besoins d'autodétermination des groupes minoritaires.

Le cœur de la présente réflexion a néanmoins été, à notre avis, de proposer certaines pistes de solutions à ces problèmes. En matière de droits spéciaux des minorités, nous avons en effet d'abord suggéré certaines modalités favorisant la participation politique des membres des groupes minoritaires. Il a ensuite été question de l'ajout d'un droit aux médias dans la langue de la minorité analogue à celui en matière d'éducation prévu à l'article 23 de la *Charte*. Il a enfin été brièvement question d'incorporer les autochtones au régime des droits spéciaux des minorités.

En ce qui concerne l'autodétermination des groupes minoritaires, notre principale proposition a été de créer un troisième palier fédératif dit « communautaire », visant à faire des minorités provinciales des majorités au sein de communautés ayant le pouvoir d'exercer une compétence culturelle et linguistique lorsque les politiques provinciales en la matière sont jugées inappropriées. Il a également été rappelé que, dans le cas où une minorité provinciale ne peut former une communauté parce qu'elle n'est pas suffisamment territorialement concentrée, les droits de participation et de représentation devraient suffire à satisfaire les besoins d'autonomie.

Il n'en demeure pas moins que ces propositions, si elles nous semblent souhaitables, ne peuvent être implantées du jour au lendemain ni être imposées sans un réel débat démocratique. Comme nous l'avons mentionné à maintes reprises, ce sont les minorités elles-mêmes qui doivent prendre

leur destin en main et déterminer quels sont leurs besoins. Il ne faudrait toutefois pas non plus occulter les aspirations légitimes de la majorité qui ne doivent pas être bloquées par des contraintes excessives. Le délicat équilibre à établir entre les intérêts de la majorité et ceux des minorités ne peut se faire dans de hautes tours d'ivoire et doit nécessairement passer, dans une société réellement démocratique, par le débat public.