



## Protection constitutionnelle des droits linguistiques des autochtones eu égard aux obligations internationales du Canada

Par : Charlotte Servant-L'Heureux, étudiante collaboratrice

### Introduction

Promettant, entre autres, de protéger et de promouvoir la diversité ainsi que de reconnaître les droits des peuples autochtones<sup>1</sup>, le premier ministre Pierre Trudeau annonçait, en 1971, la mort du biculturalisme<sup>2</sup>. Cet engagement se concrétisa avec la mise en place, en 1973, du ministère du Multiculturalisme et du Conseil canadien du multiculturalisme<sup>3</sup>. Puis, en 1982, reconnaissance ultime, le multiculturalisme fut cristallisé à la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>4</sup>. Ce principe constitue, depuis, un des piliers du pays<sup>5</sup>. Par ailleurs, ce même premier ministre officialisa et institutionnalisa le bilinguisme au Canada par l'adoption de la *Loi sur les langues officielles*<sup>6</sup> ignorant du même coup la culture distincte – et, indissociablement, les langues<sup>7</sup> – des communautés autochtones. Quel multiculturalisme que celui d'un pays qui néglige la culture de l'une de ses minorités nationales<sup>8</sup> et ne pose pas l'égalité de toutes les cultures et les langues?

---

<sup>1</sup> Jean BURNET et Leo DRIEDGER, « *Multiculturalisme* », *Historica Canada*, en ligne : <<http://www.encyclopediecanadienne.ca/fr/article/multiculturalisme/>> (consulté le 27 novembre 2016).

<sup>2</sup> PARLEMENT DU CANADA, *Débat en chambre*, Bibliothèque et archives du Canada, 28<sup>e</sup> Parlement, 3<sup>e</sup> sess., vol. 8, 8 octobre 1971, p. 8545.

<sup>3</sup> J. BURNET et L. DRIEDGER, préc., note 1.

<sup>4</sup> partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], art. 27 (ci-après « *Charte canadienne* »).

<sup>5</sup> Le Canada, premier pays à s'être engagé officiellement envers le multiculturalisme et avoir adopté des politiques dans la matière, est considéré chef de file à l'échelle mondiale.

<sup>6</sup> L.R.C. 1985, c. 31.

<sup>7</sup> Nous expliquerons ci-après le lien inextricable entre la langue et la culture d'un peuple.

<sup>8</sup> Will Kymlicka, philosophe canadien et fervent défenseur d'un multiculturalisme libéral, défend la présence, au Canada, de trois dimensions ethnoculturelles, soit les immigrants, les peuples autochtones et les minorités nationales. Voir à cet effet : Will KYMLICKA, *La voie canadienne : Repenser le multiculturalisme*, Montréal, Boréal, 2003.

Ce choix législatif d'officialiser le français et l'anglais couplé avec l'ambition d'un Canada multiculturel justifie l'interrogation suivante : quelle protection la Charte canadienne offre-t-elle aux droits linguistiques des autochtones?

D'abord, nous nous pencherons sur les dispositions constitutionnelles, soit l'article 22, l'article 35 et l'article 15, cristallisant respectivement la préservation des droits linguistiques, les droits ancestraux des communautés autochtones et le droit à l'égalité. Puis, nous examinerons diverses théories doctrinales concernant la portée des droits linguistiques constitutionnalisés. Enfin, nous ferons état du droit international en matière de protection de droits linguistiques et des obligations internationales du Canada qui en découlent.

## **0. Remarques préliminaires : la compétence**

Quelques remarques préliminaires s'imposent. Fédéralisme oblige, il importe de s'interroger quant à l'ordre de gouvernement pouvant valablement légiférer dans le domaine des droits linguistiques autochtones. Nulle mention n'est faite quant aux langues, ou même à la culture ou au patrimoine, des communautés autochtones dans les compétences partagées par la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>9</sup>. La jurisprudence nous enseigne que la langue n'est pas considérée comme un domaine de compétence en soi et est uniquement « accessoire » à un des domaines attribués par la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>10</sup>. De manière générale, la Cour suprême a reconnu que les gouvernements tant provinciaux que fédéral étaient compétents pour faire des lois en matière linguistique dans le cadre de leurs pouvoirs respectifs<sup>11</sup>.

Le paragraphe 91(24) confère au Parlement fédéral le pouvoir de légiférer sur les « Indiens et les terres réservées pour les Indiens »<sup>12</sup>. Suivant les enseignements de la décision *R. c. Sparrow*, dans laquelle la Cour avait mentionné que l'article 35 et le paragraphe 91(24) devaient être interprétés conjointement<sup>13</sup>, la Cour suprême a conclu, dans l'arrêt *Daniels c. Canada (Affaires*

---

<sup>9</sup> 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, art. 91-95.

<sup>10</sup> *Devine c. Québec (A.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 790, par. 19.

<sup>11</sup> Voir : *Jones c. A.G. New Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182 et *Devine c. Québec (A.G.)*, préc., note 10.

<sup>12</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 9, art. 91(24).

<sup>13</sup> *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1109.

*indiennes et du Nord canadien*), que tous les autochtones<sup>14</sup> – y compris les Métis et les Indiens non-inscrits – étaient visés par ce paragraphe<sup>15</sup>.

Les lois provinciales peuvent aussi s'appliquer aux autochtones et à leurs terres, mais elles ne doivent pas empiéter sur l'essence de la compétence prévue au paragraphe 92(24), soit « l'indianité »<sup>16</sup>, laquelle « englobe les droits ancestraux »<sup>17</sup>. À titre d'illustration se pose la question de l'empiètement d'une loi provinciale relative à l'éducation des autochtones : serait-elle *ultra vires* malgré qu'elle touche une compétence dédiée aux provinces – l'éducation<sup>18</sup>? S'il advenait que la Cour confirme l'existence d'un droit linguistique à l'enseignement en langue autochtone protégé par la Constitution, il semble qu'une réponse négative s'imposerait.

Dans l'affaire *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (ministre des petites et moyennes Entreprises, du Tourisme et de la Culture)*<sup>19</sup>, le tribunal a reconnu que des dispositions législatives provinciales qui permettaient la modification et la destruction d'objets du patrimoine culturel autochtone respectaient le partage des compétences prévu à la Constitution<sup>20</sup> et a rappelé qu'« [u]ne disposition législative n'excède pas la compétence de la province du simple fait qu'on y trouve le mot "autochtone" »<sup>21</sup>.

La *Loi sur les Indiens* réitère ce principe fondamental en les termes suivants :

« [T]outes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces

---

<sup>14</sup> Cela soulève d'ailleurs des questions quant aux programmes et services financés par le gouvernement fédéral offerts asymétriquement aux peuples autochtones et les raisons qui les sous-tendent ainsi que du financement fédéral dans des domaines relevant autrement du provincial, comme la santé ou l'éducation.

<sup>15</sup> *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, par. 35.

<sup>16</sup> La Cour suprême a souligné l'essence de cet article et l'a confirmé dans de nombreux arrêts, voir, notamment : *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695; *Parents Naturels c. Superintendent of Child Welfare et al.*, [1976] 2 R.C.S. 751, 772 et *Four B Manufacturing c. Travailleurs unis du vêtement*, [1980] 1 R.C.S. 1031, 1047.

<sup>17</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 178.

<sup>18</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 9, art. 93. Voir : Naomi METALLIC, « Les droits linguistiques autochtones », dans Michel BASTARACHE et Michel DOUCET (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 903.

<sup>19</sup> *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146.

<sup>20</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 9, art. 91-95.

<sup>21</sup> *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, préc., note 19, par. 66.

lois sont incompatibles avec la présente loi ou la Loi sur la gestion financière des premières nations ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou texte législatif d'une bande pris sous leur régime, et sauf dans la mesure où ces lois provinciales contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou la Loi sur la gestion financière des premières nations ou sous leur régime. »<sup>22</sup>

Il appert donc que les deux paliers gouvernementaux, fédéral et provincial, possèdent le pouvoir de légiférer dans le domaine des langues autochtones dans les limites de leurs champs de compétences respectifs prévus par la Constitution<sup>23</sup>.

Qu'en est-il alors de la compétence des gouvernements autochtones? À première vue et à la lecture des dispositions relatives au partage des compétences, les peuples autochtones ne semblent bénéficier d'aucune compétence inhérente pour légiférer dans quelque domaine qu'il soit<sup>24</sup>. Par ailleurs, la Cour suprême de Colombie-Britannique, dans l'arrêt *Campbell v. British Columbia (Attorney General)*<sup>25</sup> a conclu que les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>26</sup> n'offraient pas une liste exhaustive des pouvoirs législatifs et « ne dépouill[ait] pas les Premières nations de celui de légiférer sur certains domaines du seul fait que le gouvernement fédéral a compétence sur “les Indiens et les terres réservées aux Indiens.” »<sup>27</sup>

Dans l'arrêt *R. c. Pamajewon*<sup>28</sup>, la Cour suprême a établi que l'existence d'un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale devait être appréciée eu égard aux critères développés dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*<sup>29</sup>, lesquels seront abordés dans la prochaine partie. Toutefois, la Cour n'a pas discuté de la question plus en profondeur<sup>30</sup>.

Il importe de mentionner que le gouvernement fédéral a élaboré une politique : *L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*. Celle-ci reconnaît aux Premières Nations un droit à l'autonomie gouvernementale :

---

<sup>22</sup> *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5, art. 88.

<sup>23</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 9, art. 91-95.

<sup>24</sup> N. METALLIC, préc., note 18, p. 906.

<sup>25</sup> 2000 BCSC 1123, par. 180.

<sup>26</sup> préc., note 9, art. 91 et 92.

<sup>27</sup> N. METALLIC, préc., note 18, p. 906.

<sup>28</sup> [1996] 2 R.C.S. 821, par. 23.

<sup>29</sup> [1996] 2 R.C.S. 507.

<sup>30</sup> *R. c. Pamajewon*, préc., note 28, par. 41.

« Le gouvernement du Canada reconnaît que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est un droit ancestral existant au sens de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982. De même, il reconnaît que ce droit inhérent peut découler de traités ainsi que des rapports qu'entretient la Couronne avec les Premières nations visées par un traité. La reconnaissance du droit inhérent repose sur le fait que les peuples autochtones du Canada ont le droit de se gouverner, c'est-à-dire de prendre eux-mêmes les décisions touchant les affaires internes de leurs collectivités, les aspects qui font partie intégrante de leurs cultures, de leur identité, de leurs traditions, de leurs langues et de leurs institutions et, enfin, les rapports spéciaux qu'ils entretiennent avec leur terre et leurs ressources. »<sup>31</sup>

Toutefois, cette reconnaissance ne permet pas aux gouvernements autochtones de légiférer de manière indépendante. Le gouvernement canadien a prévu plusieurs formules appropriées pour les Indiens, les Métis et les Inuits, qui ont, comme il est mentionné, des besoins et des aspirations différentes. De manière générale, une collaboration entre les gouvernements est mise de l'avant par le biais de négociations<sup>32</sup>. Sans appui officiel du gouvernement fédéral, les gouvernements autochtones risquent des poursuites judiciaires s'ils décident d'aller de l'avant et de se gouverner, ce qui entraînerait de lourds frais<sup>33</sup>.

En résumé, la Constitution investit le gouvernement fédéral du pouvoir de légiférer sur « les Indiens et les terres réservées aux Indiens »<sup>34</sup>. Quant à eux, les gouvernements provinciaux peuvent légiférer dans certains domaines prévus, notamment en matière d'éducation en vertu de l'article 93<sup>35</sup>. Les gouvernements autochtones n'ont pour leur part qu'une faible marge de manœuvre et devraient négocier leur compétence avec le gouvernement fédéral.

## 1. Les droits linguistiques protégés par la Constitution

Possédant chacun la possibilité de légiférer, les deux paliers de gouvernements partagent une responsabilité face aux communautés autochtones. C'est ce qui nous amène au cœur du sujet :

---

<sup>31</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, *L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, Affaires autochtones et du Nord Canada, en ligne : <<https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100031843/1100100031844>> (consulté le 27 novembre 2016).

<sup>32</sup> Ces négociations s'étendent toutefois sur plusieurs années. Selon David Leitch, ces délais sont une barrière à l'exercice du droit constitutionnel des autochtones de recevoir un enseignement en langue autochtone. Voir à cet effet : N. METALLIC, préc., note 18, p. 906.

<sup>33</sup> *Id.*, p. 906. Voir aussi : *Bande indienne de l'Acadie c. Canada (Ministre du Revenu National – M.R.N.)*, 2007 CF 259, confirmé par 2008 CAF 119.

<sup>34</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 9, art. 91(24).

<sup>35</sup> *Id.*, art. 93.

quelle exigence pose la Constitution en matière de droits linguistiques autochtones? Nous nous attarderons à trois dispositions principales : la préservation des droits linguistiques<sup>36</sup>, les droits ancestraux<sup>37</sup> et le droit à l'égalité<sup>38</sup>.

### **1.1. L'article 22 : préservation des droits linguistiques**

Muette quant aux droits linguistiques des autochtones, la Charte canadienne précise néanmoins, à son article 22, situé dans la section protégeant les langues officielles du Canada, que « [l]es articles 16 à 20 n'ont pas pour effet de porter atteinte aux droits et privilèges, antérieurs ou postérieurs à l'entrée en vigueur de la présente charte et découlant de la loi ou de la coutume, des langues autres que le français ou l'anglais. »<sup>39</sup> Aucun droit linguistique particulier n'est inhérent à cette disposition. Or, cette dernière ouvre la porte à leur existence en ce qu'elle suggère que les droits linguistiques ne sont pas limités par les articles 16 à 20<sup>40</sup>. En effet, cette disposition souligne la possibilité « de préserver tous les droits acquis par rapport aux langues non officielles et de créer des droits linguistiques par voie législative ou coutumière. »<sup>41</sup>

### **1.2. L'article 35 : reconnaissance des droits ancestraux**

#### **1.2.1. Le paragraphe 35(1)**

La première question qui s'impose est celle de la portée du paragraphe 35(1) de la Charte canadienne<sup>42</sup>, lequel reconnaît et confirme l'existence des « droits ancestraux et issus des traités ». Nous aborderons l'étendue des « droits ancestraux »<sup>43</sup>, et plus précisément, tenterons de déterminer s'ils comprennent les droits linguistiques.

Le fondement de cette disposition est décrit par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Van Der Peet* :

---

<sup>36</sup> Charte canadienne, préc., note 4, art. 22.

<sup>37</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), art 35.

<sup>38</sup> Charte canadienne, préc., note 4, art. 15.

<sup>39</sup> *Id.*, art. 22.

<sup>40</sup> Emmanuel DIDIER, « Le droit linguistique privé » dans Michel BASTARACHE (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986, p. 338-339.

<sup>41</sup> N. METALLIC, préc., note 18, p. 908-909.

<sup>42</sup> Charte canadienne, préc., note 4, art. 35(1).

<sup>43</sup> Cette décision est intentionnelle puisque seule une étude détaillée permettrait d'évaluer l'existence de droits linguistiques au sein de traités, examen qui n'est pas l'objet du présent texte. Voir le texte suivant pour une telle analyse : Ghislain OTIS, « La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les accords d'autonomie gouvernementale au Canada », (2009) *R.D. McGill* 237.

« [L]a doctrine des droits ancestraux existe et elle est reconnue et confirmée par le par. 35(1), et ce pour un fait bien simple : quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s’y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l’avaient fait pendant des siècles. C’est ce fait, par-dessus tout, qui distingue les peuples autochtones de tous les autres groupes minoritaires du pays et qui commande leur statut juridique – et maintenant constitutionnel – particulier. »<sup>44</sup>

Ainsi, la Cour suprême définit les droits ancestraux comme étant « les coutumes, pratiques et traditions fondamentales des sociétés autochtones qui existaient en Amérique du Nord avant le contact avec les Européens. »<sup>45</sup> Deux critères ressortent de cette définition, soit la nature distinctive de l’attribut autochtone et la continuité de ce dernier. Comme la Cour l’a précisé, il importe, lors de cette analyse, de tenir compte du point de vue des autochtones, tout en s’assurant qu’il soit « exprimé d’une manière compatible avec l’organisation juridique et constitutionnelle du Canada. »<sup>46</sup>

Il faut, avant toute chose, déterminer la nature précise de la pratique en cause<sup>47</sup>. Il nous semble juste d’affirmer que l’utilisation de la langue traditionnelle des peuples autochtones<sup>48</sup> constitue ce droit. En ce qui a trait au premier critère, la pratique doit « fai[re] partie intégrante de la culture distinctive des autochtones »<sup>49</sup>. Deux aspects sont pris en compte pour évaluer le caractère distinctif. D’une part, une pratique ne peut être générale et commune à toutes sociétés; elle doit être particulière aux communautés autochtones. À titre d’illustration, la Cour nomme le besoin de se nourrir; essentiel à la survie humaine, il ne pourrait être qualifié de distinctif. D’autre part, l’attribut doit être fondamental à la communauté autochtone et la définir; il ne peut être que secondaire ou occasionnel<sup>50</sup>.

---

<sup>44</sup> R. c. *Van der Peet*, préc., note 29, 538-539.

<sup>45</sup> *Id.*, 548.

<sup>46</sup> *Id.*, 550.

<sup>47</sup> *Id.*, 563.

<sup>48</sup> Camille BAILLAIRGÉ, *Les droits linguistiques des peuples autochtones au Québec et en Ontario*, mémoire de maîtrise, Ottawa, Faculté des études supérieures, Université d’Ottawa, 2012, p. 70.

<sup>49</sup> R. c. *Sparrow*, préc., note 13, 1099.

<sup>50</sup> R. c. *Van der Peet*, préc., note 29, 560.

S'ajoute à cela la continuité des pratiques traditionnelles depuis l'arrivée des Européens jusqu'au jour présent. Ce critère exige « une interprétation souple de manière à permettre à ces droits [ancestraux] d'évoluer avec le temps. »<sup>51</sup> La Cour précise l'étendue de ce principe :

« [L]e concept de continuité est le moyen qui permet d'éviter une interprétation du par. 35(1) fondée sur la notion de "droits figés". Comme les coutumes, pratiques et traditions que protège le par. 35(1) sont celles qui existent aujourd'hui, sous réserve seulement de l'obligation de démontrer qu'elles marquent une continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens, il faut que la définition elle-même des droits ancestraux évite que ces droits soient figés dans l'état où ils se trouvaient avant cette époque. L'évolution des coutumes, pratiques et traditions, jusque dans leur forme actuelle, ne les empêchera pas d'être protégées en tant que droits ancestraux, pourvu qu'on démontre qu'elles marquent une continuité avec les coutumes, pratiques et traditions d'avant le contact avec les Européens. »<sup>52</sup>

À la lumière de ces critères définitoires, l'utilisation de la langue traditionnelle peut-elle être considérée comme un droit ancestral au sens de l'article 35? Nous répondons par l'affirmative; il semble évident que les deux critères sont remplis.

Par définition, la culture est un trait distinctif d'un groupe ethnique<sup>53</sup>. Tous s'entendent sur le caractère fondamental d'une langue pour la culture d'une société. D'ailleurs, selon le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* : « la culture est l'expression, sous toutes ses formes, du mode de vie d'un peuple [...] La langue est le principal instrument grâce auquel une culture se transmet d'une génération à une autre, et par lequel les membres de cette culture communiquent et donnent un sens à leur expérience commune. »<sup>54</sup> Cette interrelation entre la culture et la langue est admise par la Cour suprême et a été développée à plusieurs reprises : « Le langage n'est pas seulement un moyen ou un mode d'expression. Il colore le contenu et le sens de l'expression. Comme le dit le préambule de la Charte de la langue française elle-même, c'est aussi pour un peuple un moyen d'exprimer son identité culturelle. »<sup>55</sup>

---

<sup>51</sup> R. c. *Sparrow*, préc., note 13, 1093.

<sup>52</sup> R. c. *Van der Peet*, préc., note 29, 556-557.

<sup>53</sup> « culture », *Larousse*, en ligne : <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/culture/21072>> (consulté le 27 novembre 2016).

<sup>54</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, *Rapport de la Commission royale sur les Peuples autochtones*, vol. 3, c. 6, en ligne : <[http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071212205223/http://www.aic-inac.gc.ca/ch/rcap/sg/si57\\_f.html#2](http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071212205223/http://www.aic-inac.gc.ca/ch/rcap/sg/si57_f.html#2)> (consulté le 27 novembre 2016).

<sup>55</sup> *Ford c. Québec (procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 748-749.



Aussi :

« Mon allusion à la culture est importante, car il est de fait que toute garantie générale de droits linguistiques, surtout dans le domaine de l'éducation, est indissociable d'une préoccupation à l'égard de la culture véhiculée par la langue en question. Une langue est plus qu'un simple moyen de communication; elle fait partie intégrante de l'identité et de la culture du peuple qui la parle. C'est le moyen par lequel les individus se comprennent eux-mêmes et comprennent le milieu dans lequel ils vivent. »

Ou encore :

« L'importance des droits en matière linguistique est fondée sur le rôle essentiel que joue la langue dans l'existence, le développement et la dignité de l'être humain. C'est par le langage que nous pouvons former des concepts, structurer et ordonner le monde autour de nous. Le langage constitue le pont entre l'isolement et la collectivité, qui permet aux êtres humains de délimiter les droits et obligations qu'ils ont les uns envers les autres, et ainsi, de vivre en société. »<sup>56</sup>

Les langues autochtones sont d'autant plus distinctives que certaines sont propres aux tribus du Canada et ne sont utilisées nulle part ailleurs.

De plus, en ce qui concerne la continuité de la pratique, ce critère sous-tend celui de l'antériorité. Clairement, les communautés autochtones fonctionnaient dans leur langue traditionnelle avant l'arrivée des Européens<sup>57</sup>. Ces langues sont d'ailleurs toujours partie intégrante – et distincte – de leur culture. Le fait que certaines soient éteintes ou que leur utilisation ait été parsemée d'arrêt – on pense notamment à la période où le gouvernement a mis en place les pensionnats – ne pose pas problème vu l'exigence d'interpréter largement les droits ancestraux<sup>58</sup>. Selon la Cour, le concept de continuité n'exige pas une « unbroken chain of continuity »<sup>59</sup> et accepte la cessation des pratiques pendant un certain temps.

D'aucuns pourraient arguer que « les coutumes, pratiques et traditions » visées à l'article 35 concernent uniquement le territoire et les ressources naturelles. Or, la Cour a reconnu le contraire en rejetant l'argument qui restreignait à une simple nature foncière la portée des droits ancestraux :

---

<sup>56</sup> *Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, par. 46.

<sup>57</sup> Le cas des Métis, dont la langue est généralement un mélange de langues autochtones et européennes, sera vu ci-après.

<sup>58</sup> *R. c. Van der Peet*, préc., note 29, 556-557.

<sup>59</sup> *Id.*, 557.

« Les droits ancestraux découlent non seulement de l'occupation antérieure du territoire, mais aussi de l'organisation sociale antérieure et des cultures distinctives des peuples autochtones habitant ce territoire. Pour déterminer si le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral a été établi, les tribunaux doivent considérer et les rapports qu'entretient le demandeur autochtone avec le territoire et les coutumes, pratiques et traditions de la société à laquelle il appartient et de la culture distinctive de cette société. »<sup>60</sup>

Cette même analyse fut réitérée par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Côté*<sup>61</sup>, laquelle reprit et appliqua cette définition des droits ancestraux.

Bref, à la lumière des enseignements jurisprudentiels de la Cour suprême, il appert que la langue devrait être comprise dans les droits ancestraux protégés par la Constitution. Nous espérons avoir démontré que notre conclusion n'est pas seulement issue d'un syllogisme, qui serait insuffisant : comme les droits ancestraux protègent les pratiques culturelles et la culture inclut la langue, les droits ancestraux protègent la langue. Selon nous, la langue correspond aux critères définitoires développés par la Cour suprême.

Notons un fait intéressant : nombreux pays possédant des communautés autochtones ont reconnu les droits linguistiques comme étant des droits ancestraux, notamment aux États-Unis, lesquels, par leur jurisprudence, ont grandement influencé la définition des droits ancestraux au Canada<sup>62</sup>. Dans le cas où la Cour suprême serait amenée à trancher sur une telle question, nous soutenons qu'elle pencherait en faveur de l'inclusion des droits linguistiques à l'article 35, et cela, d'une manière conforme aux obligations internationales canadiennes, lesquelles seront discutées plus en détail ci-après. Sans lier les juges, les obligations canadiennes internationales peuvent être d'une grande utilité lorsque la Cour suprême interprète la Charte canadienne<sup>63</sup>.

### 1.2.2. Le paragraphe 35(2)

---

<sup>60</sup> *Id.*, 562.

<sup>61</sup> [1996] 3 RCS 139, 166.

<sup>62</sup> Fernand DE VARENNES, « L'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 et la protection des droits linguistiques des peuples autochtones », (1994) 4-3 *R.N.D.C.* 265, 285.

<sup>63</sup> préc., note 4. Notons que l'existence de normes internationales est utile lors de l'analyse du contexte de la loi, laquelle est un des trois piliers fondamentaux du « principe moderne d'interprétation » développé par Elmer Driedger, les deux autres étant le texte et l'objet de la loi. À cet effet, voir : Stéphane BEAULAC, « Arrêtons de dire que les tribunaux au Canada sont "liés" par le droit international », (2004) 38 *R.J.T.* 359. Voir, par exemple : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 69-71.

Voyons maintenant qui bénéficie de cette disposition constitutionnelle. La réponse à cette question est offerte par le second paragraphe. L'article 35 prévoit que les droits ancestraux sont reconnus aux peuples autochtones « notamment [l]es Indiens, [l]es Inuits et [l]es Métis du Canada. »<sup>64</sup>.

À première vue, le critère de la continuité semble poser problème dans le cas des Métis. Or, il ressort des conclusions de la Cour suprême que l'inclusion des groupes Métis ne milite pas en faveur d'un traitement homogène des sociétés autochtones. La Cour suprême, qui avait établi un fondement différent pour l'inclusion des Métis à l'article 35<sup>65</sup>, a, par après, consacré un test différent à leur égard.

« Par analogie, le critère applicable aux Métis doit permettre de déterminer les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante du mode de vie distinctif de la communauté métisse et de ses rapports avec le territoire. Pour tenir compte de l'histoire particulière des Métis, il convient d'appliquer un critère qui est fondé sur la postériorité au contact et l'antériorité à la mainmise sur le territoire et qui prend en compte le moment où les Européens ont effectivement établi leur domination politique et juridique dans une région donnée. Il faut donc s'attacher à la période qui a suivi la naissance d'une communauté métisse donnée et qui a précédé son assujettissement aux lois et coutumes européennes. Ce critère de l'antériorité à la mainmise effective des Européens sur le territoire permet de reconnaître les coutumes, pratiques et traditions qui sont antérieures à cet assujettissement. »<sup>66</sup>

À titre d'illustration, il se dégage qu'une langue métis tel le métchif, caractérisé par un mélange de français, de cri, d'oïbhwé, et de dené est considéré comme une langue autochtone pouvant être protégé, selon nous, par cette disposition de la Charte<sup>67</sup>.

### 1.3. L'article 15 : le droit à l'égalité

La Charte canadienne cristallise à son article 15 le droit à l'égalité :

---

<sup>64</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 37, art. 35(2).

<sup>65</sup> « Qui plus est, je tiens aussi à souligner que le fait de se reporter à la période antérieure au contact avec les Européens pour identifier les droits ancestraux n'est pas incompatible avec le fait que, aux termes du par. 35(2) de la Loi constitutionnelle de 1982, les Métis sont compris dans la définition de «peuples autochtones du Canada. Même si les Métis sont compris dans la définition de «peuples autochtones du Canada» à l'art. 35 et que, de ce fait, leurs revendications semblent rattachées à celles des autres peuples autochtones, sous la rubrique générale «droits ancestraux», l'histoire des Métis et les raisons qui sous-tendent leur inclusion pour qu'ils bénéficient de la protection accordée par l'art. 35 diffèrent considérablement de celles qui concernent les autres peuples autochtones du Canada. » *R. c. Van der Peet*, préc., note 29, 557-558.

<sup>66</sup> *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, par. 37.

<sup>67</sup> David LEITCH, « Canada's Native Languages: The Right to First Nations to Educate Their Children in Their Own Languages », (2006) 15-3 *Constit.Forum* 107, 114.

« 15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. »<sup>68</sup>

Comme nous le constatons, la langue est absente des motifs de discrimination. Afin d'expliquer cette omission, nous jetterons un œil sur l'évolution législative de l'adoption de l'article 15, d'autant plus que certains instruments internationaux auxquels le Canada venait d'adhérer incluaient ce motif<sup>69</sup>.

### **1.3.1. L'historique législatif de l'adoption de l'article 15**

Le gouvernement fédéral, dans une volonté de rapatrier la Constitution du Canada, présenta, le 20 juin 1978, le projet de loi C-60<sup>70</sup>, lequel prévoyait une charte des droits et libertés. L'article 9 de cette dernière se lisait comme suit : « The rights and freedoms declared by sections 6, 7 and 8 of this Charter shall be enjoyed without discrimination because of race, national or ethnic origin, language, colour, religion, age or sex. »<sup>71</sup> En quatre ans<sup>72</sup>, cette première version de la Charte fut modifiée à plusieurs reprises.

Le Comité spécial de la Chambre des Communes et du Sénat était chargé d'étudier ce projet de loi et présenta plusieurs recommandations le 10 octobre 1978. Entre autres, le rapport suggérait :

« Various additions have been proposed to the prohibited grounds of discrimination in clause 9, but with one exception we prefer to remain with the universally accepted grounds of "race, national or ethnic origin, language, colour, religion, age or sex", as in clause 9. Grounds such as physical or other disability or sexual preference might be meaningful in legislation which provides protections with respect to employment, accommodation, and the provision of goods and services, as much human rights legislation does. »<sup>73</sup>

---

<sup>68</sup> Charte canadienne, préc., note 4, art. 15(1).

<sup>69</sup> Ces instruments internationaux seront abordés à la troisième partie du texte.

<sup>70</sup> *Loi modifiant la Constitution du Canada dans certains domaines ressortissant à la compétence législative du Parlement du Canada et prévoyant les mesures nécessaires à la modification de la Constitution dans certains autres domaines*, projet de loi C-60 (sanctionné), 3<sup>e</sup> sess., 30<sup>e</sup> légis. (Can.).

<sup>71</sup> Anne F. BAYEFISKY, *Canada's Constitution Act 1982 & Amendments: A Documentary History*, vol. 1, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1989, p. 349.

<sup>72</sup> La Constitution fut rapatriée en 1982. *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 37.

<sup>73</sup> Voir : A. F. BAYEFISKY, préc., note 71, p. 349.

Le gouvernement canadien semblait prêt à définir divers motifs de discrimination en conformité avec ceux internationalement reconnus et, ainsi, préciser le droit à l'égalité protégée par la *Déclaration canadienne des droits*<sup>74</sup>. Toutefois, les négociations avec les provinces ne furent pas sans embûches. Loin d'arriver à un consensus, une version ne comportant aucun motif fut proposée : « 11(1) Everyone has the right to equality before the law and to equal protection of the law without distinction or restriction other than any distinction or restriction provided by law that is fair and reasonable having regard to the object of the law. »<sup>75</sup>

Cette proposition disparut toutefois des ébauches du 17 octobre et du 5 novembre 1979, mais la volonté du gouvernement fédéral d'arriver à une entente lui fit ajouter une clause semblable dans celle du 4 juillet 1980. Puisqu'une note explicative énumérait les motifs de discrimination originels, dont la langue, ce type de clause permettait d'apaiser les désaccords soulevés par les provinces sans éliminer tout à fait le motif de langue<sup>76</sup>.

Cette insistance démontre une volonté des législateurs fédéraux de respecter leurs engagements pris sur la scène internationale<sup>77</sup>. Malheureusement, le motif de la langue n'a pas survécu aux négociations provinciales-fédéral. Le libellé suivant est celui de la dernière ébauche du gouvernement fédéral : « 17 (1) Everyone has the right to equality before the law and to equal protection of the law without discrimination because of race, national or ethnic origin, colour, religion, age or sex. »<sup>78</sup> Précurseur de l'actuel article 15<sup>79</sup>, il reflète les compromis nécessaires

---

<sup>74</sup> La *Déclaration canadienne des droits* L.R.C. 1985, App. III, art. 1b), protégeait, de manière générale, « le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi ». Le ministre de la justice fédéral Otto Lang affirmait dans un document concernant la réforme constitutionnelle de la *Charte canadienne des droits et libertés* : « The grounds of non-discrimination have been expanded from those found in the Canadian Bill of Rights to encompass language, age and ethnic origin. While the grounds are not as extensive as those found in the federal and provincial anti-discrimination statutes, they contain what may be viewed as the "basic core" group of prohibited grounds. » A. F. BAYEFKY, préc., note 71, p. 507.

<sup>75</sup> Anne F. BAYEFKY, *Canada's Constitution Act 1982 & Amendments: A Documentary History*, vol. 2, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1989, p. 539.

<sup>76</sup> « The federal government is proposing that under the Constitution all Canadians, regardless of race, national or ethnic origin, language, color, religion, age, sex, or any other similar grounds, will have the same rights before the law and enjoy the same protection of the law. Because it has been very difficult to reach an agreement on a complete enumeration of these grounds, the federal "discussion paper" includes a general clause rather than a list. » *Id.*, p. 599.

<sup>77</sup> Fernand DE VARENNES, « Langue et discrimination au Canada », (1992) 5 *Can.J.L. & Juris.* 321, par. 45.

<sup>78</sup> A. F. BAYEFKY, préc., note 75, p. 547.

<sup>79</sup> *Charte canadienne*, préc., note 4, art. 15.

aux nombreuses réticences provinciales. Il est à noter que ce libellé ne prohibe pas toute discrimination, mais uniquement celles fondées sur les motifs énumérés.

Enfin, le climat conflictuel provincial-fédéral força le gouvernement canadien à annoncer le rapatriement unilatéral de la Constitution<sup>80</sup>. La garantie des droits à l'égalité de la Charte canadienne<sup>81</sup> est l'œuvre de cette évolution législative et reflète les pourparlers fédéral-provinciaux. Sans toutefois contenir le motif de la langue, elle interdit « toute discrimination »<sup>82</sup>. Sans prétendre être exhaustive, cette évolution législative du libellé de l'article 15<sup>83</sup> nous permet de mieux appréhender cette omission de la langue. Le libellé de l'article est politique et reflète les compromis nécessaires aux réticences provinciales face au projet d'adopter une charte des droits et libertés. Sans être explicite, le choix du gouvernement canadien n'est pas de permettre la discrimination linguistique puisque l'« égalité devant la loi, égalité de bénéfice et protection égale de la loi » existe « indépendamment de toute discrimination »<sup>84</sup>. Qui plus est, à notre connaissance, la jurisprudence relative à la Charte canadienne n'exclut pas la langue comme motif de discrimination<sup>85</sup>. Il appert, selon le libellé, que les caractéristiques personnelles pouvant fonder une discrimination au sens de l'article 15 ne sont pas exhaustives et pourraient inclure la langue<sup>86</sup>.

### 1.3.2. Les protections provinciales

Nous avons souligné, préalablement, qu'autant le gouvernement fédéral que le gouvernement provincial pouvaient légiférer en matière linguistique dans les domaines relevant de leurs champs de compétences respectifs<sup>87</sup>. Conséquemment, nous allons nous attarder aux lois provinciales protégeant la langue comme motif de discrimination et à la jurisprudence qui en est issue. Cette

---

<sup>80</sup> Cette décision fut hautement contestée tant au niveau politique que judiciaire. La Cour suprême conclut dans un arrêt d'une grande importance que la stratégie fédérale, sans être illégale, contrevenait à une convention constitutionnelle. Voir : *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

<sup>81</sup> préc., note 4, art. 15.

<sup>82</sup> *Id.*

<sup>83</sup> *Id.*

<sup>84</sup> *Id.*

<sup>85</sup> *Id.* La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a même déjà affirmé la possibilité que la langue soit un motif analogue de l'article 15, voir : *McDonnell c. Fédération des Franco-Colombiens*, [1986] 31 D.L.R. 296 (C.A.C.B.), par. 18. Il est néanmoins clair que l'article 23 offre un régime complet et ne peut être interpréter en relation avec l'article 15, voir : *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, 369; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man)*, [1993] 1 RCS 839, 857.

<sup>86</sup> Charte canadienne, préc., note 4, art. 15.

<sup>87</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 9, art. 91-95.

dernière nous sera d'une grande utilité lorsque nous évaluerons la portée des droits linguistiques constitutionnalisés. Seules la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec<sup>88</sup> et la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon<sup>89</sup> incluent explicitement la langue comme motif de discrimination. Cet ajout semble être un clin d'œil au gouvernement fédéral et une certaine « reconna[issance] que ces instruments représentent un minimum auquel le gouvernement s'est engagé et que la législation canadienne doit respecter. »<sup>90</sup>

### **1.3.2.1. La *Loi sur les droits de la personne* du Yukon**

À notre connaissance, aucune jurisprudence ne porte sur la discrimination linguistique interdite au paragraphe 7c) de la *Loi sur les droits de la personne*<sup>91</sup> du Yukon. Il importe de mentionner que seul cet instrument protégeant les droits de la personne réfère directement aux obligations internationales du Canada, soit à l'importance de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*<sup>92</sup>, laquelle protège expressément contre la discrimination linguistique.

### **1.3.2.2. La *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec**

Comme nous l'avons mentionné précédemment, la Charte du Québec, comme celle du Yukon<sup>93</sup>, reconnaît expressément la langue comme fondement de la discrimination à son article 10<sup>94</sup>. Trois arrêts pertinents qui se fondent sur cette disposition seront étudiés afin d'évaluer la portée de cette protection.

---

<sup>88</sup> « Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état civil, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale ou le fait qu'elle est une personne handicapée ou qu'elle utilise quelque moyen pour pallier son handicap. Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit. » L.R.Q. 1977, c. C-12, art. 10 (ci-après « Charte québécoise »).

<sup>89</sup> Le libellé ce lit comme suit : « Constitue un acte discriminatoire le fait de traiter défavorablement un particulier ou un groupe pour les motifs suivants : c) l'origine linguistique ou ethnique ». L.R.Y. 2002, c. 116, art. 7c).

<sup>90</sup> F. DE VARENNES, préc., note 62, par. 78. La loi du Yukon ajoute aussi comme motif analogue les antécédents judiciaires. *Id.*, art. 7i).

<sup>91</sup> *Id.*, art. 7c).

<sup>92</sup> Le préambule de la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon, préc., note 89, stipule : « Attendu que le Canada souscrit à la Déclaration universelle des droits de l'homme proclamée par les Nations Unies et à d'autres engagements internationaux dont l'objet est d'améliorer les droits de la personne au Canada et dans les autres nations du monde ». *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. 217 A (III), Doc. off. A.G.N.U., 3<sup>e</sup> sess., suppl. n° 13, p. 17, Doc. N.U. A/810 (1948), art. 2.

<sup>93</sup> *Loi sur les droits de la personne*, préc., note 89.

<sup>94</sup> Charte québécoise, préc., note 88, art. 10.

L'arrêt *Forget c. Québec (procureur général)*<sup>95</sup> porte sur la validité de certaines dispositions adoptées en vertu de l'article 35 de la *Charte de la langue française*<sup>96</sup>. Prévoyant qu'un permis ne pouvait être délivré par un ordre professionnel « qu'à des personnes ayant de la langue officielle une connaissance appropriée à l'exercice de leur profession », le Règlement établit une présomption de connaissance appropriée de la langue française en faveur des candidats ayant « suivi, à temps plein, à compter du secondaire, au moins trois années d'enseignement donné en français »<sup>97</sup>.

Par le biais de la Charte québécoise, la Cour suprême a conclu que le régime réglementaire créait une distinction fondée sur la langue, sans, toutefois, être déraisonnable puisqu'elle relevait d'une aptitude nécessaire pour exercer une profession au Québec :

« En l'occurrence, les non-francophones ne sont pas empêchés de se joindre à un ordre professionnel pour des motifs arbitraires et qui n'ont rien à voir avec les aptitudes requises. [...] N'oublions pas en effet que cette exigence est imposée par l'art. 35 de la *Charte de la langue française*, disposition dont la validité n'a pas été attaquée. Le Règlement contesté n'écarte pas d'emblée les non-francophones, mais met à leur disposition le moyen de prouver qu'ils satisfont à cette exigence. Qui plus est, selon l'art. 11 du Règlement, les postulants peuvent reprendre l'examen autant de fois qu'il est nécessaire pour le réussir. Loin de constituer un obstacle arbitraire pour l'aspirant professionnel, le Règlement favorise l'accès à la corporation, tout en respectant les exigences de la loi. »<sup>98</sup>

La contestation en l'espèce ne portait pas sur la nécessité de posséder une maîtrise appropriée du français, mais bien, sur l'effet de la distinction, soit l'exigence de subir un examen lorsque la présomption ne s'applique pas<sup>99</sup>.

La décision *Ford c. Québec (procureur général)*<sup>100</sup>, controversée dans le domaine des droits linguistiques, traite de la validité des articles 58 et 69 de la *Charte de la langue française*<sup>101</sup>. Contrevenant à la liberté d'expression protégée par la Charte canadienne<sup>102</sup> et n'étant pas

---

<sup>95</sup> *Forget c. Québec (procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90.

<sup>96</sup> RLRQ, c. C-11, art. 35.

<sup>97</sup> *Règlement relatif à la connaissance de la langue officielle nécessaire pour l'obtention d'un permis d'un ordre professionnel*, RLRQ, c. C-11, r. 2, art. 2.

<sup>98</sup> *Forget c. Québec (procureur général)*, préc., note 95, par. 24.

<sup>99</sup> « Vu l'exigence, non contestée répétons-le, selon laquelle les postulants doivent connaître le français, le Règlement qui établit des distinctions pour tenir compte du bagage linguistique de chacun ne compromet pas à première vue le droit à l'égalité. » *Forget c. Québec (procureur général)*, préc., note 95, par. 21.

<sup>100</sup> *Ford c. Québec (procureur général)*, préc., note 55.

<sup>101</sup> préc., note 96, art. 58 et 69.

<sup>102</sup> Charte canadienne, préc., note 4, art. 2b).



justifiable dans une société libre et démocratique<sup>103</sup>, ces dispositions furent déclarées inopérantes. Vu l'importance de la question soulevée, la Cour s'est tout de même penchée sur la discrimination linguistique au sens de l'article 10 de la Charte québécoise<sup>104</sup>.

Ainsi :

« [L]art. 58 se veut d'application universelle, imposant à tous, indépendamment de leur langue usuelle, l'exigence de l'usage exclusif du français [il] produit [...] des effets différents sur différentes catégories de personnes selon leur langue usuelle. Il est permis aux francophones de se servir de leur langue usuelle, alors que cela est interdit aux anglophones et aux autres non-francophones. »<sup>105</sup>

Les dispositions contestées de la *Charte de la langue française*<sup>106</sup> produisent clairement une discrimination fondée sur la langue usuelle au sens de l'article 10 de la Charte québécoise<sup>107</sup> et est inopérante du fait que le droit à la liberté d'expression est compromis, et cela, de manière injustifiée au sens de l'art. 9.1 de la Charte québécoise<sup>108</sup>. Cet arrêt est pertinent et se distingue du précédent puisqu'il implique une obligation législative d'utiliser une certaine langue.

Dans ce troisième arrêt, *Devine c. Québec (procureur général)*<sup>109</sup>, la Cour suprême a analysé la constitutionnalité des articles 52 et 57 de la *Charte de la langue française*<sup>110</sup> et a conclu qu'ils ne violaient pas la garantie contre la discrimination. La décision admet qu'il existait bel et bien une distinction fondée sur la langue sans conclure à une discrimination au sens de l'art. 10 : les dispositions n'avaient pas « pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, d'un droit ou d'une liberté de la personne que reconnaît la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*. »<sup>111</sup> En effet, la liberté

---

<sup>103</sup> *Id.*, art. 1.

<sup>104</sup> préc., note 88, art. 10.

<sup>105</sup> *Ford c. Québec (procureur général)*, préc., note 55, par. 82.

<sup>106</sup> préc., note 96 art. 58 et 69.

<sup>107</sup> préc., note 88 art. 10.

<sup>108</sup> *Id.*, art. 9.1. Cette disposition équivaut à la clause restrictive de la *Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 4, art. 1. La Cour suprême a jugé, dans l'arrêt *Ford c. Québec (procureur général)*, préc., note 55, par. 63, que le test de *Oakes* (voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103) s'appliquait également à cet article.

<sup>109</sup> *Devine c. Québec (procureur général)*, préc., note 10.

<sup>110</sup> Respectivement, voici les libellés de ces dispositions : « 52. Les catalogues, les brochures, les dépliants et toute autre publication de même nature doivent être rédigés en français » et « 57. Les formulaires de demande d'emploi, les bons de commande, les factures, les reçus et quittances sont rédigés en français ». préc., note 96, art. 52 et 57.

<sup>111</sup> Cette analyse est issue de l'arrêt *Ford c. Québec (procureur général)*, préc., note 55, par. 82.

d'expression<sup>112</sup> n'était pas compromise puisqu'elle n'inclut pas la garantie de s'exprimer exclusivement dans sa langue usuelle<sup>113</sup>.

Enfin, nous considérons que le droit à l'égalité ainsi que les droits ancestraux offrent une certaine protection aux langues autochtones. La jurisprudence précédente nous sera utile lors de l'évaluation de la portée des droits linguistiques protégés par la Charte, portée qui sera discutée subséquemment par le biais de divers auteurs et arrêts pertinents.

## **2. La portée des droits linguistiques constitutionnalisés**

À la lumière des enseignements jurisprudentiels, nous avons conclu que les droits ancestraux conféraient des droits linguistiques aux peuples autochtones. Également, malgré le silence du législateur, nous penchons vers une interprétation de l'article 15 qui inclut le motif de la langue. Même une fois admise<sup>114</sup>, la nature des droits linguistiques autochtones reste néanmoins ambiguë. Une simple obligation négative ou une obligation positive résulte-t-elle de la reconnaissance de ces droits linguistiques? Nous présenterons la position de quelques auteurs s'étant penchés sur la question, dont certains proposent l'existence d'une obligation positive – à divers degrés – de l'État. Quatre arguments majeurs méritent notre attention : celui fondé sur les droits ancestraux, celui tiré du droit à l'égalité, l'argument analogique inspiré de l'article 23 de la Charte<sup>115</sup> et celui de nature fiduciaire<sup>116</sup>.

### **2.1. Les droits ancestraux**

Le juriste David Leitch, éminent défenseur du droit à l'éducation en langue autochtone, reconnaît une obligation positive de l'État. Selon lui, une simple reconnaissance d'une obligation négative

---

<sup>112</sup> Charte québécoise, préc., note 88, art. 3.

<sup>113</sup> *Devine c. Québec (procureur général)*, préc., note 10, par. 35.

<sup>114</sup> Un certain consensus existe au sein de la doctrine quant à la reconnaissance des droits linguistiques autochtones à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 37.

<sup>115</sup> Charte canadienne, préc., note 4, art. 23.

<sup>116</sup> Certains auteurs soulèvent des arguments à saveur morale, lesquels ne seront pas abordés, n'ayant aucune force d'un point de vue juridique. Voir : P. GABRIEL, préc., note 102, par. 32-35. Par exemple, Greene propose que toutes les communautés linguistiques, y compris autochtones et immigrantes, doivent bénéficier d'une sécurité linguistique. Fontaine condamne quant à elle la perte d'une langue, laquelle serait « une catastrophe culturelle et scientifique ». Voir : Leslie GREEN, « Are Language Rights Fundamental? », (1987) 25-4 *Osgoode Hall LJ* 639; Lorena SEKWAN FONTAINE, « Re-conceptualizing and Re-imagining Canada : Opening Doors for Aboriginal Language Rights » dans André BRAËN, Pierre FOUCHER et Yves LE BOUTHILLIER, (dir.), *Languages, Constitutionalism and Minorities / Langues, constitutionnalisme et minorités*, Toronto, LexisNexis Butterworths, 2006, 309.

dépouillerait de toute portée l'article 35<sup>117</sup> qui ne ferait que réitérer des droits déjà protégés par la Charte canadienne, soit la liberté d'expression et le droit à l'égalité<sup>118</sup>.

De plus, il constate qu'une telle reconnaissance d'un droit à l'éducation est essentielle au respect des droits linguistiques des Premières Nations. L'importance d'offrir ce droit se justifie de trois manières. Premièrement, les langues autochtones – toutes sauf trois – au nombre de 53 sont éteintes ou disparaîtront sous peu si elles ne sont pas transmises aux enfants. Cela est d'autant plus alarmant que le Canada est le seul endroit où la majorité de ces langues sont parlées. Deuxièmement, la vulnérabilité de ses langues résulte des pensionnats, une mesure explicitement mise en place par le gouvernement pour éradiquer les langues et, plus généralement, la culture propre aux communautés autochtones<sup>119</sup>. Résulterait de ces violations aux droits de la personne, une obligation des gouvernements d'offrir du financement public à des écoles enseignant dans les langues maternelles des autochtones<sup>120</sup>. Troisièmement, un tel type de financement permettrait au Canada de se conformer aux normes internationales émergentes des pays tels la Nouvelle-Zélande, la Finlande et les États-Unis ayant aussi une population autochtone<sup>121</sup>.

Selon lui, à la lumière de la jurisprudence de la Cour suprême, le droit à l'enseignement en langue autochtone doit être considéré comme un droit ancestral au sens de l'article 35<sup>122</sup>. Il réfute certains arguments contraires qui pourraient faire échec à une éventuelle reconnaissance de ce droit par les tribunaux. D'une part, comme l'éducation, au sens d'enseignement dans des écoles, fut amenée par les Européens, le critère de continuité semble défaillant. Il est vrai que les communautés autochtones n'avaient pas d'école où diverses matières étaient enseignées comme aujourd'hui. Or, les enfants recevaient une éducation par le biais de moyens différents, permettant d'ailleurs la transmission de la langue d'une génération à l'autre. Une interprétation

---

<sup>117</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 37, art. 35.

<sup>118</sup> Charte canadienne, préc., note 4, art. 2b) et 15.

<sup>119</sup> Hormis le refus des gouvernements provinciaux anglophones de financer des écoles francophones et interdisant même l'enseignement en français pendant un certain temps, voir : *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights*, [1984] 47 O.R. 1 (C.A.). Il faut mentionner aussi l'obligation des immigrants d'apprendre une des deux langues officielles, notamment au Québec, où il est interdit d'envoyer ses enfants à des écoles anglophones, sauf certaines conditions. *Charte de la langue française*, préc., note 96, art. 72-73.

<sup>120</sup> Cette raison sous-jacente est analogue à l'argument de nature fiduciaire.

<sup>121</sup> D. LEITCH, préc., note 67, 111.

<sup>122</sup> *Id.*

évolutive s'imposant<sup>123</sup>, un droit ancestral ne doit pas être nié pour la seule raison que la pratique a été adaptée par l'arrivée des Européens. La Cour réitère que « [l]oin d'être définie selon le régime de réglementation en vigueur en 1982, l'expression "droits ancestraux existants" doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps. »<sup>124</sup> Il est donc possible de considérer que le droit à l'éducation d'antan a évolué avec l'arrivée des Européens afin d'appuyer la pérennité du droit d'éduquer ses enfants dans sa langue maternelle. D'autre part, il importe de se demander si les autochtones possèdent toujours le droit d'éduquer leurs enfants dans leur langue propre afin de répondre au critère d'« existence » prévu au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>125</sup>. Des droits préexistants à cette loi peuvent s'être éteints par la ratification d'un traité ou l'adoption d'une loi<sup>126</sup>. Comme il le précise, ce n'est pas le cas en l'espèce<sup>127</sup>. Aucune loi n'a régi l'éducation des autochtones depuis le début des années 1980. Cette période marque la fin des pensionnats ayant pour objectif principal d'assimiler les autochtones notamment en les forçant à apprendre l'anglais. Ces écoles empêchaient toute communication dans leurs langues maternelles en punissant sévèrement leur utilisation et en isolant les enfants de leur famille<sup>128</sup>. Quant aux lois provinciales régissant les communautés autochtones, elles n'ont pas le pouvoir d'éteindre un droit ancestral comme il a été mentionné dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*<sup>129</sup>.

D'aucuns pourraient arguer que l'établissement des pensionnats contredit ce droit. Or, cela relève plutôt d'une politique gouvernementale que d'une loi en tant que telle. De plus, la Cour suprême a statué dans l'affaire *R. c. Sparrow*, que « non seulement la politique historique de Sa Majesté ne permet pas d'éteindre le droit ancestral existant en l'absence d'intention claire en ce sens, mais elle ne permet pas non plus en soi de délimiter ce droit. »<sup>130</sup> La période des pensionnats ne pourrait pas être invoquée pour briser la continuité de la pratique puisque la Cour a rejeté une telle interprétation du critère de continuité<sup>131</sup>, comme nous l'avons expliqué précédemment.

---

<sup>123</sup> *R. c. Sparrow*, préc., note 13, 1093.

<sup>124</sup> *Id.*

<sup>125</sup> préc., note 37, art. 35(1).

<sup>126</sup> D. LEITCH, préc., note 67, 114.

<sup>127</sup> *Id.*, 114.

<sup>128</sup> *Id.*, 108. Nous sommes conscients d'être loin de rendre compte de l'étendue des effets dévastateurs de cette politique assimilatrice, ceci n'étant pas l'objectif du texte.

<sup>129</sup> *Delgamuukw c. Colombie Britannique*, préc., note 17, par. 175.

<sup>130</sup> *R. c. Sparrow*, préc., note 13, 1101.

<sup>131</sup> *R. c. Van der Peet*, préc., note 29, 557.

Même si la Cour appuyait les arguments de l'avocat Leitch et reconnaissait le droit des autochtones d'être éduqué dans leur langue maternelle, rien n'est moins sûr qu'elle exigerait du gouvernement des mesures positives, tel l'affirme Jeffrey Richstone :

« Les tribunaux admettraient sans doute volontiers que la constitutionnalisation des droits linguistiques autochtones a pour effet de protéger les langues autochtones contre toute action gouvernementale qui tenterait d'en prohiber l'usage. Constituerait ainsi un acte enfreignant l'article 35 le déni du droit de chaque peuple autochtone d'utiliser sa langue à l'intérieur de ses institutions représentatives. Cependant [...] il est difficile de voir dans l'article 35 un "droit-créance" permettant aux peuples autochtones de réclamer des subventions publiques pour l'apprentissage et le développement de leurs langues. »<sup>132</sup>

Cet auteur reconnaît toutefois une obligation positive du gouvernement issue du droit international. Nous verrons dans la troisième partie certains des instruments au soutien de sa thèse.

Il importe de mentionner que la majorité dans l'affaire *R. c. Beaulac* a souligné que « [l]es droits linguistiques ne sont pas des droits négatifs, ni des droits passifs; ils ne peuvent être exercés que si les moyens en sont fournis. »<sup>133</sup> Cette jurisprudence semble donc appuyer une obligation positive de l'État puisqu'une omission de l'État de financer des programmes afin de préserver et revitaliser les langues autochtones, et même, des programmes scolaires en langues autochtones, peut équivaloir à une négation totale des droits linguistiques de ces peuples.

## **2.2. Le droit à l'égalité**

Nous exposerons brièvement l'analyse fondée sur le droit à l'égalité. Notons qu'au contraire de l'article 35, l'article 15 s'inscrit dans la gamme de droits pouvant engendrer une réparation au sens de la Charte canadienne<sup>134</sup>. Nous estimons néanmoins qu'aucune obligation positive ne s'ancre dans l'article 15, cet article pouvant servir uniquement à contrer une mesure étatique spécifique considérée comme discriminatoire.

---

<sup>132</sup> Jeffrey RICHSTONE, « La protection juridique des langues autochtones au Canada » dans Paul PUIER et Jose WOEHLING (dir.), *Language and the Law: Proceedings of the First Conference of the International Institute of Comparative Linguistic Law*, Montreal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 268.

<sup>133</sup> *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 20.

<sup>134</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 37, art. 35; Charte canadienne, préc., note 4, art. 15 et 24.

De plus, un programme visant à promouvoir la situation linguistique d'un groupe autochtone, contesté devant les tribunaux, pourrait être sauvegardé par le biais du paragraphe 15(2)<sup>135</sup>.

« Les paragraphes 15(1) et 15(2) pour effet combiné de promouvoir l'idée d'égalité réelle qui sous-tend l'ensemble de l'art. 15. Le paragraphe 15(1) vise à empêcher les distinctions discriminatoires ayant un effet négatif sur les membres des groupes caractérisés par les motifs énumérés à l'art. 15 ou par des motifs analogues. Il s'agit là d'une façon de combattre la discrimination. Cependant, les gouvernements peuvent également souhaiter le faire au moyen de programmes destinés à aider des groupes défavorisés à améliorer leur situation. Grâce au par. 15(2), la Charte protège le droit des gouvernements de mettre en œuvre de tels programmes sans s'exposer à des contestations fondées sur le par. 15(1). C'est ce qui ressort de l'existence du par. 15(2). Donc, les par. 15(1) et 15(2) ont pour effet combiné de confirmer l'objet de l'art. 15 qui est de favoriser l'égalité réelle. »<sup>136</sup>

À la lumière de la jurisprudence sur la portée du droit à l'égalité, la Cour a adopté une approche large et libérale afin de favoriser une égalité réelle plutôt qu'une égalité formelle.

Certains auteurs sont toutefois d'avis que cet article sous-tend une obligation positive de l'État suivant le concept de discrimination indirecte<sup>137</sup>. L'utilisation d'une seule langue, ou de deux seules langues dans le cas du Canada, par l'État désavantage les minorités linguistiques et entraîne une discrimination indirecte fondée sur leur langue. Pour remédier à ces désavantages, l'État devrait offrir des services publics dans des langues autres que celles officielles, et cela, lorsqu'un nombre suffisant le requiert<sup>138</sup>. Cet argument semble attrayant d'un point de vue théorique. Or, en pratique et à notre connaissance, les tribunaux canadiens n'ont jamais adhéré à une telle interprétation du droit à l'égalité ni octroyé une réparation semblable. De plus, comme

---

<sup>135</sup> Également, l'article 25 de la Charte canadienne pourrait être utile dans un tel cas. Le juge Bastarache a décrit la portée de cette disposition dans l'arrêt *R. c. Kapp*. Selon lui, « un texte législatif qui fait une distinction entre Autochtones et non-Autochtones afin de protéger des intérêts liés à la culture, au territoire ou à la souveraineté autochtones, ou au processus des traités, mérite d'être soustrait à l'examen fondé sur la Charte. » *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 103.

<sup>136</sup> *Id.*, par. 16. Voir aussi : *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. Cunningham*, [2011] 2 R.C.S. 670.

<sup>137</sup> Voir, par exemple : Fernand DE VARENNES, *Language, Minorities and Human Rights*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, chap. 4. La discrimination indirecte est intentionnelle et « découle plutôt de l'application uniforme d'une norme, d'une politique, d'une règle ou d'une pratique, neutre à première vue, ayant néanmoins un effet discriminatoire auprès d'un individu ou d'une catégorie d'individus en leur imposant des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées à autrui. » COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNES ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, « Les formes de discrimination », en ligne : <<http://www.cdpcj.qc.ca/fr/formation/accommodement/Pages/html/formes-discrimination.html#note>> (consulté le 28 novembre 2016).

<sup>138</sup> Cette exigence du nombre suffisant est inspirée de l'article 23 de la Charte, lequel sera abordé dans la prochaine partie.

nous le verrons plus loin, le droit international ne pose pas une exigence aussi élevée<sup>139</sup>, d'autant plus que cette interprétation va à l'encontre de la décision *Ballantyne* du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies, laquelle souligne expressément la possibilité pour les États de fonctionner dans certaines langues officielles et la légitimité de ce choix<sup>140</sup>.

D'autres auteurs incluent l'article 27 dans leur argumentaire, lequel stipule que « [t]oute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens ». Ainsi, une combinaison du droit à l'égalité et du maintien du patrimoine culturel fonderait une obligation étatique de financer des programmes linguistiques pour les autochtones<sup>141</sup>. Quoiqu'il soit impossible de soutenir que la Charte canadienne<sup>142</sup> soit en elle-même discriminatoire, de par l'instauration de larges protections aux langues officielles, l'institutionnalisation du bilinguisme crée un désavantage systémique pour les groupes autochtones<sup>143</sup>, et cela, à l'encontre du multiculturalisme promu par cette même charte<sup>144</sup>. Cet argument nous semble encore une fois limité dans le cas linguistique puisque le Canada a fait le choix législatif – légitime – d'officialiser deux langues<sup>145</sup>.

La majorité des auteurs n'abordent toutefois pas dans le sens d'une obligation positive<sup>146</sup>. À l'instar de ces derniers, il nous semble plus prudent et conforme aux enseignements jurisprudentiels de conclure que le droit à l'égalité permet uniquement de corriger les effets discriminatoires d'une action étatique et ne fournit pas une base solide à une obligation positive de la part de l'État de mettre en place des mesures pour préserver les langues autochtones. Un

---

<sup>139</sup> Une affaire semble néanmoins penchée en faveur de cette interprétation du droit à l'égalité, décision pour le moins mitigée : *Diergaardt c. Namibie*, Déc. 760/1997, Doc. N.U. CCPR/C/69/D/760/1997 (6 septembre 2000). Voir : José WOEHLING, « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », (2004) 34 *R.D.U.S.* 91, par. 49.

<sup>140</sup> *Ballantyne, Davidson, McIntyre c. Canada*, Déc. n° 359/1989 et 385/1989, Doc. N.U. CCPR/C/47/D/359/1989 et 385/1989/Rev.1 (5 mai 1993), par. 11.4 (ci-après « *Ballantyne* »).

<sup>141</sup> Walter S. TARNOPOLSKY, « The Equality Rights » dans Walter S. TARNOPOLSKY et Gérard A. BEAUDOIN (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms : Commentary*, Toronto, Carswell, 1982, p. 441-442.

<sup>142</sup> Charte canadienne, préc., note 4.

<sup>143</sup> Judith BERNHARD, « Institutionalized Disadvantage in Education and the Right to Equal Benefit of the Law: the Next Step After Non-Discrimination », (1999) 12-1 *R.Q.D.I.* 241, 242.

<sup>144</sup> Charte canadienne, préc., note 4, art. 27.

<sup>145</sup> Ce choix ne viole pas la liberté d'expression ou le droit à l'égalité comme il a été affirmé dans l'arrêt *Ballantyne* : « A State may choose one or more official languages, but it may not exclude, outside the spheres of public life, the freedom to express oneself in a language of one's choice. » préc., note 140, par. 11.4.

<sup>146</sup> J. RICHSTONE, préc., note 132; Gabriel POLIQUIN, « La protection d'une vitalité fragile : Les droits linguistiques autochtones en vertu de l'article 35 », (2013) 58-3 *R.D. McGill* 573.

sous-financement gouvernemental eu égard au financement que reçoit les langues officielles serait difficilement critiquable puisque cette « discrimination [...] s'inscrit au cœur de l'identité canadienne telle que la conçoit le constituant. »<sup>147</sup> Comme l'argument fondé sur le droit à l'égalité n'appert pas si solide, certains auteurs conjuguent plusieurs articles, notamment l'alinéa 2b)<sup>148</sup>, l'article 15<sup>149</sup> et l'article 23<sup>150</sup>. Par le biais de ces dispositions, ils suggèrent qu'une réclamation pourrait mener à l'obtention d'une réparation fondée sur l'absence d'action étatique, passée et actuelle, visant à protéger les langues autochtones<sup>151</sup>.

Qui plus est, la jurisprudence provinciale ne semble pas favoriser un élargissement de la portée du droit à l'égalité. Dans l'arrêt *Forget c. Québec (procureur général)*<sup>152</sup>, la Cour a statué sur l'effet discriminatoire d'une action étatique précise. La deuxième affaire que nous avons résumée, *Ford c. Québec (procureur général)*<sup>153</sup>, nous renseigne quant à une obligation législative d'utiliser une langue en particulier. Il appert selon cette jurisprudence qu'une telle obligation est discriminatoire et n'est pas justifiable<sup>154</sup>. Il en est de même dans la décision *Devine c. Québec (procureur général)*<sup>155</sup>, laquelle confirme une distinction sur la langue, mais réfute la présence d'une discrimination. Ces conclusions ne semblent pas, à notre avis, appuyer la possibilité que le gouvernement aille la responsabilité de favoriser toutes les langues.

### 2.3. L'analogie avec l'article 23

Nous sommes d'avis que le cadre juridique de l'article 23 peut être utile, par analogie, pour établir celui des droits linguistiques autochtones. Cet argument découle de la prémisse suivante : l'article 35 suppose un objectif réparateur, comme l'article 23, et protège les droits linguistiques,

---

<sup>147</sup> G. POLIQUIN, préc., note 146, par. 18.

<sup>148</sup> Charte canadienne, préc., note 4, art. 2b). Nous avons fait le choix de ne pas s'attarder à cette protection constitutionnelle puisqu'elle ne peut fonder une obligation positive de l'État. La Cour suprême a reconnu dans l'arrêt *Ford c. Québec (procureur général)*, préc., note 55, par. 40. que la liberté d'expression comprenait le droit d'utiliser la langue de son choix. Une disposition législative interdisant l'usage d'une langue autochtone serait néanmoins nécessairement inconstitutionnelle.

<sup>149</sup> Charte canadienne, préc., note 4, art. 15. Il est à noter que Jeffrey Richstone ne soutient pas cette thèse.

<sup>150</sup> *Id.*, art. 23.

<sup>151</sup> Voir : TERESSA NAHANEY, « Indin Challenges: Asserting the Human and Aboriginal Right to Language » dans SYLVIE LÉGER (dir.), *Les droits linguistiques au Canada : collisions ou collusions?*, Ottawa, Centre canadien des droits linguistiques, 1995.

<sup>152</sup> *Forget c. Québec (procureur général)*, préc., note 95.

<sup>153</sup> *Ford c. Québec (procureur général)*, préc., note 55.

<sup>154</sup> Charte québécoise, préc., note 88, art. 9.1.

<sup>155</sup> *Devine c. Québec (procureur général)*, préc., note 10.



dont la nature fondamentale fut reconnue par la Cour suprême et nombreux instruments internationaux. Selon le juriste Gabriel Poliquin, il viserait à « réparer une inégalité entre les deux communautés de langue officielle »<sup>156</sup>, et cela, en cristallisant des obligations positives pour l'État comme l'établissement d'écoles ou l'instauration d'un régime législatif bilingue. D'autres arguent même l'existence d'un statut officiel de facto pour les langues autochtones et la l'octroi de droits semblables à ceux des communautés linguistiques anglaise et française<sup>157</sup>. Selon le spécialiste Leitch, lequel réitérons-le soutient un droit à l'enseignement en langue autochtone, la jurisprudence concernant l'article 23 est pertinente puisqu'elle constate l'interdépendance entre la préservation d'une culture et le droit d'éduquer les enfants dans la langue de celle-ci<sup>158</sup> : « There is no reason to believe that the Supreme Court of Canada would regard education in Aboriginal languages as less important for the distinctive cultures of First Nations than education in English and French for the distinctive cultures of Canada's official language minorities. »<sup>159</sup>

Cette position ouvre la porte à une obligation positive de l'État envers, non seulement les langues autochtones, mais les langues des immigrants. En réponse aux critiques de ceux qui prétendent qu'accepter une telle obligation résulterait en un trop lourd fardeau de la part du gouvernement, ces auteurs suggèrent que, compte tenu de la situation particulière des langues autochtones, protégées par l'article 35<sup>160</sup>, ces dernières ne peuvent être mises sur le même pied d'égalité que toutes les autres langues parlées par les immigrants<sup>161</sup>.

Évidemment, plaider une obligation positive de l'État de mettre en place des mesures servant à offrir une éducation en langue autochtone pose de sérieuses difficultés pratiques considérant que certaines communautés linguistiques sont formées par un faible nombre<sup>162</sup>. Par conséquent,

---

<sup>156</sup> G. POLIQUIN, préc., note 102, par. 42.

<sup>157</sup> Voir : Brian SLATTERY, « Aboriginal Language Rights » dans David SCHNEIDERMAN (dir.), *Langue et État : Droit, politique et identité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991.

<sup>158</sup> Voir : *Mahe c. Mahe*, préc., note 85.

<sup>159</sup> D. LEITCH, préc., note 67, 113.

<sup>160</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 37, art. 35.

<sup>161</sup> G. POLIQUIN, préc., note 146, par. 24.

<sup>162</sup> Nous pouvons donner l'exemple de la communauté Taguiche, laquelle se compose de moins d'une dizaine d'individus. Un financement approprié des mesures visant à revitaliser la langue, plutôt qu'un droit à l'éducation, pourrait être suffisant pour répondre à l'obligation positive de l'État de préserver les langues autochtones protégées par l'art. 35 de la Charte. *Id.*, par. 3.

l'analogie avec l'article 23 pourrait être pertinente quant à la formule de la justification du nombre<sup>163</sup>.

Or, pour certains, l'obligation positive découlant de la reconnaissance de la protection des langues comme droits ancestraux ne peut refléter celle découlant du régime de l'art. 23 :

« Le contenu de l'obligation de l'État à l'endroit des langues autochtones est défini par les besoins et les intérêts des peuples autochtones, alors que celle qui se rattache aux communautés de langue officielle est définie par la Constitution ou la législation. Reconnaître aux langues autochtones le statut de langues officielles de facto reviendrait à leur conférer des droits analogues à ceux que possèdent les communautés de langue officielle en vertu de la Constitution, par exemple, le droit des administrés de communiquer avec les autorités fédérales en langue autochtone. Selon nous, l'obligation de la Couronne envers les langues autochtones se limiterait à favoriser leur survie. »<sup>164</sup>

Ainsi, les langues autochtones seraient loin de bénéficier d'un régime de protection semblable à l'article 23.

#### 2.4. L'argument fiduciaire

Enfin, nous nous attarderons à une position historique selon laquelle « la Couronne entretient un rapport spécial de nature fiduciaire avec les peuples autochtones, dont elle protège les droits ancestraux<sup>165</sup> ». Cette relation a été confirmée par la Cour suprême et appliquée dans l'arrêt *R. c. Sparrow* :

« Notre Cour a statué que Sa Majesté a envers les Indiens une obligation de fiduciaire en ce qui concerne leurs terres. La nature *sui generis* du titre indien de même que les pouvoirs et la responsabilité historiques de Sa Majesté constituent la source de cette obligation de fiduciaire. À notre avis, l'arrêt *Guerin*, conjugué avec l'arrêt *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360, justifie un principe directeur général d'interprétation du par. 35(1), savoir, le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. Les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la

<sup>163</sup> Charte canadienne, note 4, art. 23(3).

<sup>164</sup> G. POLIQUIN, préc., note 102, par. 25.

<sup>165</sup> *Id.*, par. 36.

reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques. »<sup>166</sup>

Voyons brièvement la teneur d'une obligation de fiduciaire. L'arrêt *Guerin*<sup>167</sup>, lequel a établi pour la première fois cette relation, nous renseigne sur sa nature : elle découle de l'assujettissement des peuples autochtones au pouvoir discrétionnaire de l'État. Ainsi, le fiduciaire, la Couronne en l'espèce, ayant promis d'agir au bénéfice du bénéficiaire, les peuples autochtones, peut unilatéralement user de ce pouvoir et influencer sur ses intérêts, plaçant ce dernier en situation de vulnérabilité. Cette vulnérabilité est protégée par l'*equity* qui impose certains devoirs au fiduciaire, ces derniers étant « tributaires des exigences de la situation »<sup>168</sup>. En effet, la portée de l'obligation de fiduciaire est imposée par le contexte qui l'entoure. Autrement dit, cette dernière réside en la nature du rapport et ne se soucie pas de la qualité de ses acteurs<sup>169</sup>. En l'occurrence, ce sont la nature du titre indien ainsi que les engagements historiques de l'État qui fonde cette relation<sup>170</sup>. La *Proclamation royale de 1763* promettait : « [d']assurer aux nations ou tribus sauvages qui sont en relation avec Nous et qui vivent sous Notre protection la possession entière et paisible des parties de Nos possessions et territoires qui ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasse. »<sup>171</sup>

Il importe de préciser que les arrêts cités concernaient des droits ayant une portée territoriale – le droit de céder une terre<sup>172</sup> et le droit de pêche<sup>173</sup> – droits bien différents des linguistiques, qui relèvent de la culture. Toutefois, comme nous l'avons mentionné précédemment, cet argument, selon lequel les droits ancestraux incluraient des droits fonciers uniquement, a été réfuté par la Cour suprême si bien que les biens ancestraux « ne doivent pas se concentrer sur les rapports

---

<sup>166</sup> *R. c. Sparrow*, préc., note 13, 1108.

<sup>167</sup> *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335.

<sup>168</sup> *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, 149. Ce principe fut réitéré dans *M.(K.) c. M.(H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, 66.

<sup>169</sup> *Guerin c. La Reine*, préc., note 167, 384. Voir aussi : *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377.

<sup>170</sup> Ghislain OTIS et André ÉMOND, « L'identité autochtone dans les traités contemporains : de l'extinction à l'affirmation du titre ancestral », (1996) 41 *R. D. McGill* 543, 551.

<sup>171</sup> *Proclamation royale de 1763*, R.-U.

<sup>172</sup> *Guerin c. La Reine*, préc., note 167.

<sup>173</sup> *R. c. Sparrow*, préc., note 13.

qu'entretennent les peuples autochtones avec le territoire au point de négliger les autres facteurs pertinents pour l'identification et la définition des droits ancestraux. »<sup>174</sup>

De plus, le droit de pêche ne fut pas analysé par la Cour comme étant relié au territoire, mais plutôt à la culture :

« Les droits de pêche ne sont pas des droits de propriété au sens traditionnel. Il s'agit de droits qui appartiennent à un groupe et qui sont en harmonie avec la culture et le mode de vie de ce groupe. Les tribunaux doivent prendre soin d'éviter d'appliquer les concepts traditionnels de propriété propres à la common law en tentant de saisir la nature "sui generis" des droits ancestraux. »<sup>175</sup>

Cet argument de nature fiduciaire est empreint d'un volet « réconciliation » entre les peuples autochtones et non autochtones tout comme celui de l'article 35<sup>176</sup>.

Enfin, nous avons exposé diverses théories d'un poids juridique varié. Alors que le juriste Leitch plaide en faveur d'un droit à l'éducation en langue autochtone, Gabriel Poliquin est plutôt d'avis que le texte de l'article 35 permet uniquement d'élaborer une théorie de la « vitalité linguistique »<sup>177</sup>. Cette vitalité, « c'est-à-dire droit à ce qu'une langue soit préservée, employée et transmise de génération en génération », serait nécessairement garantie par un droit à l'éducation en langues maternelles autochtones. Fontaine offre un plaidoyer historique fondé sur la réconciliation : le gouvernement aurait une obligation positive face aux conséquences destructrices qu'ont eues les pensionnats sur la culture et les langues autochtones.

### 3. Les obligations internationales du Canada

Cette dernière section porte sur les obligations internationales du Canada quant aux droits linguistiques des minorités et des communautés autochtones. Nous retracerons les divers instruments les garantissant et tenterons d'établir leur portée au Canada<sup>178</sup>. Il est à noter que la protection des droits des communautés autochtones fut l'objet d'instruments internationaux

<sup>174</sup> R. c. *Van der Peet*, préc., note 29, 562.

<sup>175</sup> R. c. *Sparrow*, préc., note 13, 1112.

<sup>176</sup> Il a été reconnu à maintes reprises par la Cour suprême que l'objet des droits ancestraux est de « tendre à concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté. » R. c. *Van der Peet*, préc., note 29, 539. Voir aussi : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 17, par. 186; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 20; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388, par. 1; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256, par. 17.

<sup>177</sup> P. GABRIEL, préc., note 102.

<sup>178</sup> Pour une description de l'évolution du concept de discrimination linguistique en droit international et en droit canadien, voir F. DE VARENNES, préc., note 62.

distincts de celle des minorités. Alors que les premiers répondent davantage à la spécificité de leurs besoins, les deuxièmes incluent tout de même les peuples autochtones<sup>179</sup>. Pour cette raison et aux fins de ce texte, nous ne nous attarderons pas à la distinction.

### 3.1. Les instruments de l'Organisation des Nations Unies

L'Organisation des Nations Unies protégea pour la première fois les pratiques culturelles des minorités sous l'égide du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*<sup>180</sup>, lequel énonce à l'article 27 :

« Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue. »<sup>181</sup>

Quoique le Canada soit parti à cet instrument, le libellé de cette disposition, rédigé en négation, ne semble pas offrir une large portée normative. À tout le moins, il ressort une obligation pour l'État de tolérer l'emploi des langues autochtones et, vraisemblablement, de ne pas discriminer. Toutefois, considérant que d'autres dispositions du pacte protègent déjà le droit à la non-discrimination<sup>182</sup>, restreindre la portée de l'article 27<sup>183</sup> à cette simple obligation pourrait ne pas être conforme à son objet. D'ailleurs, le Comité des droits de l'homme a défini cet article comme conférant un droit « distinct ou complémentaire de tous les autres droits »<sup>184</sup>. Expressément, le Comité a aussi affirmé l'obligation positive des États de préserver la culture et la langue des minorités<sup>185</sup>. Également, le rapporteur spécial Capotorti a déclaré, concernant la portée de l'article 27, qu'attribuer simple droit à la tolérance et à la non-intervention serait contraire à l'objet même de ce dernier.

---

<sup>179</sup> La *Convention relative aux droits de l'enfant* vise expressément les groupes minoritaires et autochtones. (1989) 1577 R.T. N.U. 3, art. 17 et 30.

<sup>180</sup> Le Canada a adhéré au pacte le 19 mai 1976.

<sup>181</sup> *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 171.

<sup>182</sup> Nous pensons surtout à l'article 26, mais, aussi, aux articles 2, 22 et 25. *Id.*

<sup>183</sup> *Id.*, art. 27.

<sup>184</sup> COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, *Observation générale no 23 : Article 27 (Droits des minorités)*, Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (26 avril 1994), par. 1.

<sup>185</sup> *Id.*, par. 6.2.

Une corrélation mérite d'être établie avec le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*<sup>186</sup>, auquel le Canada a adhéré au même moment. Cet instrument reconnaît expressément « le droit de toute personne à l'éducation » et le devoir de l'État « d'assurer le plein exercice de ce droit », notamment en mettant en place des écoles gratuites et obligatoires<sup>187</sup>. De plus, un droit au travail est cristallisé, lequel exige du gouvernement qu'il prenne des mesures « propres à assurer un développement économique, social et culturel constant et un plein emploi productif »<sup>188</sup>. Nous considérons que les exigences de ces deux derniers instruments doivent être interprétées corrélativement afin d'inclure des droits linguistiques<sup>189</sup> au sein du droit à l'éducation et du droit au travail<sup>190</sup>. Par conséquent, comme le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*<sup>191</sup> le précise, les États auraient une obligation positive prendre des mesures afin que ces droits puissent être pleinement exercés.

Poursuivons avec la *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*<sup>192</sup> dont l'adoption fut suggérée par ce même rapporteur spécial Capotorti. L'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*<sup>193</sup>, comme l'affirme le préambule, a grandement influencé sa rédaction<sup>194</sup>. Or, contrairement à ce dernier, la déclaration impose clairement des obligations positives aux États de protéger les minorités linguistiques : « Les États devraient prendre des mesures appropriées pour que, dans la mesure du possible, les personnes appartenant à des minorités aient la possibilité d'apprendre leur langue maternelle ou de recevoir une instruction dans leur langue maternelle. »<sup>195</sup> Quoiqu'une telle résolution n'ait pas force exécutoire obligatoire pour les gouvernements, son contenu reflète l'opinion de la communauté internationale et revêt un certain

---

<sup>186</sup> *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, (1976) 993 R.T.N.U. 3.

<sup>187</sup> *Id.*, art. 13.

<sup>188</sup> *Id.*, art. 6(2).

<sup>189</sup> *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, préc., note 181, art 27.

<sup>190</sup> *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, préc., note 186, art. 13 et 6(2).

<sup>191</sup> *Id.*

<sup>192</sup> Rés. 47/135, Doc. off. A.G. N.U., 47<sup>e</sup> sess., n° 49, p. 225, Doc. N.U. A/RES/47/135 (1992).

<sup>193</sup> préc., note 181, art. 27.

<sup>194</sup> *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, préc., note 192, préambule.

<sup>195</sup> *Id.*, art. 4. L'article premier prévoit aussi que « [l]es États protègent l'existence et l'identité nationale ou ethnique, culturelle, religieuse ou linguistique des minorités, sur leurs territoires respectifs, et favorisent l'instauration des conditions propres à promouvoir cette identité » et que « [l]es États adoptent les mesures législatives ou autres qui sont nécessaires pour parvenir à ces fins ».

poids moral<sup>196</sup>. Malheureusement, cet acte normatif n'est pas juridiquement contraignant, car ses normes prescrites ne font pas partie de la coutume internationale<sup>197</sup>. Jusqu'à ce que des normes coutumières émergent de cette déclaration<sup>198</sup>, cette dernière représente un intérêt de nature interprétative pour les communautés autochtones, lesquelles pourraient soutenir une revendication au sens de l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*<sup>199</sup>.

Un des instruments majeurs pour la reconnaissance des droits autochtones s'intitule *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*<sup>200</sup>. Elle fut adoptée le 13 septembre 2007 par l'ONU et le gouvernement du Canada l'appuya officiellement, et sans réserve, en mai 2016. La déclaration prévoit à l'article 14 que :

« 1. Les peuples autochtones ont le droit d'établir et de contrôler leurs propres systèmes et établissements scolaires où l'enseignement est dispensé dans leur propre langue, d'une manière adaptée à leurs méthodes culturelles d'enseignement et d'apprentissage. [...] 3. Les États, en concertation avec les peuples autochtones, prennent des mesures efficaces pour que les autochtones, en particulier les enfants, vivant à l'extérieur de leur communauté, puissent accéder, lorsque cela est possible, à un enseignement dispensé selon leur propre culture et dans leur propre langue. »<sup>201</sup>

Le gouvernement du Canada a clairement appuyé ces droits. Or, cet instrument n'est pas juridiquement contraignant et les normes qu'il comporte ne sont pas transposées en droit canadien<sup>202</sup>. Toutefois, cet instrument peut servir comme outil aux tribunaux lors du processus interprétatif législatif – notamment l'article 35 de la Charte – puisqu'il existe une présomption

---

<sup>196</sup> ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, « À propos de l'Assemblée : Information de base », en ligne : <<http://www.un.org/french/ga/56/about.htm>> (consulté le 28 novembre 2016).

<sup>197</sup> C. BAILLAIRGÉ, préc., note 48, p. 49. Les déclarations de ce type ont force obligatoire uniquement lorsqu'elles présentent des principes généraux de droit ou des normes coutumières internationales. Voir : Krzysztof SKUBISZEWSKI, « The Elaboration of General Multilateral Conventions and Non-Contractual Instruments Having a Normative Function or Objective » (1985) 61 *A.I.D.I.* 29, 61 et Jean-Maurice ARBOUR et Geneviève PARENT, *Droit international public*, 5<sup>e</sup> éd. Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 78.

<sup>198</sup> Nous ne nous pencherons pas sur la possibilité que ces normes soient maintenant de la coutume internationale, ce dont nous doutons toutefois. Or, le prochain instrument discuté, la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés. 61/295, Doc. Off. A.G.N.U., 61<sup>e</sup> sess. (2 octobre 2007), laisse présager une reconnaissance de plus en plus élargie au sein de la communauté internationale.

<sup>199</sup> C. BAILLAIRGÉ, préc., note 48, p. 49.

<sup>200</sup> *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 198.

<sup>201</sup> *Id.*, art. 14.

<sup>202</sup> Le Canada est un pays dualiste, ce qui signifie que les normes internationales auxquelles souscrit le Canada doivent être incorporées en droit canadien pour avoir une force de loi.

selon laquelle le législateur désire se conformer aux obligations internationales<sup>203</sup>. » De plus, la déclaration a été adoptée par une majorité de 143 États<sup>204</sup> et les quatre États ayant voté contre au départ – le Canada, la Nouvelle-Zélande, les États-Unis et l’Australie – offrent maintenant leur appui. Peut-être n’est-ce pas actuellement une codification de principes coutumiers, mais l’évolution des droits autochtones semblent s’orienter vers une possible consécration future; ce changement normatif offrirait une force juridique claire à ces principes. Il est aussi intéressant de noter que le premier ministre du Canada actuel s’est engagé à mettre en œuvre cette déclaration<sup>205</sup>.

Quant à elle, la *Convention relative aux droits de l’enfant*<sup>206</sup>, adoptée par l’Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989, protège la langue maternelle des enfants de plusieurs manières. L’article 29 reconnaît que l’éducation des enfants doit se faire dans « le respect de ses parents, de son identité et de ses valeurs culturelles »<sup>207</sup>. Une garantie est aussi offerte aux groupes minoritaires quant à l’utilisation de leurs langues propres<sup>208</sup>, soulignant du même fait la portée de l’article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*<sup>209</sup>. Enfin, une attention particulière de la part des États doit être accordée aux médias afin qu’ils tiennent « compte des besoins linguistiques des enfants autochtones »<sup>210</sup>. Tous ces droits exigent des États qu’ils prennent des mesures afin de les mettre en œuvre<sup>211</sup>. Cette convention, quoiqu’elle semble offrir une protection étendue aux enfants autochtones, et même un droit à l’éducation dans leur

---

<sup>203</sup> Cette présomption peut néanmoins être renversée lorsque l’intention du législateur est sans équivoque. Selon la Cour suprême, il est raisonnable de favoriser une interprétation de la Charte canadienne, préc., note 4, et des lois nationales conforme aux obligations internationales du Canada. Voir : *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 349-350; *National Corn Growers c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292; Ruth SULLIVAN, *Sullivan on the Construction of Statutes*, Markham, LexisNexis, 2008, p. 538 et 549.

<sup>204</sup> CEFAN, « Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones », Université Laval, en ligne : <<http://www.axl.cefan.ulaval.ca/amsudant/ONU-declaration2007.htm>> (consulté le 28 novembre 2016).

<sup>205</sup> Justin TRUDEAU, « Déclaration du premier ministre à l’occasion de la présentation du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation », 2015, en ligne, <<http://pm.gc.ca/fra/nouvelles/2015/12/15/declaration-du-premier-ministre-loccasion-de-la-presentation-du-rapport-final>> (consulté le 28 novembre 2016).

<sup>206</sup> *Convention relative aux droits de l’enfant*, préc., note 179.

<sup>207</sup> *Id.*, art. 29(1)c).

<sup>208</sup> *Id.*, art. 30.

<sup>209</sup> *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, préc., note 181, art. 27.

<sup>210</sup> *Convention relative aux droits de l’enfant*, préc., note 179, art. 17d).

<sup>211</sup> *Id.*, art. 4.



langue, n'est pas incorporée en droit canadien et n'ouvre pas la possibilité d'une revendication devant les tribunaux<sup>212</sup>.

### 3.2. Les instruments de l'UNESCO

L'UNESCO a développé plusieurs instruments dans le but de protéger la diversité culturelle : la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*<sup>213</sup>, la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*<sup>214</sup> ainsi que la *Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement*<sup>215</sup>.

Le premier instrument reçut un large appui auprès de la communauté internationale et fut parrainé, entre autres, par le Canada, indice que son contenu lui est d'une importance capitale<sup>216</sup>. Comme le préambule nous l'enseigne, cette convention a pour objectif principal de protéger la diversité culturelle, en tant que « patrimoine commun de l'humanité »<sup>217</sup>. La *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* possède en son sein un mécanisme d'information exigeant, tous les quatre ans, les pays membres à fournir un rapport contenant les mesures prises pour promouvoir et protéger la diversité culturelle tant au niveau national qu'au niveau international<sup>218</sup>. Or, aucun droit linguistique en soi n'est octroyé. La seule mention de la langue est faite à l'alinéa 6(2)b) qui offre la possibilité aux gouvernements d'adopter des mesures ou politiques relatives à la langue utilisée lors d'activités culturelles<sup>219</sup>. La langue est donc envisagée sous un angle instrumental.

---

<sup>212</sup> Jean-François NOËL, « La Convention relative aux droits de l'enfant », *Ministère de la justice*, en ligne : <<http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/divorce/crde-crc/conv2a.html#ftnref11>> (consulté le 29 novembre 2016).

<sup>213</sup> Doc. off., UNESCO, 31<sup>e</sup> sess., ANNEXE I, p. 74 (2001).

<sup>214</sup> Doc. off., UNESCO, 32<sup>e</sup> sess., MISC/2003/CLT/CH/14 (2003).

<sup>215</sup> Doc. off., UNESCO, 11<sup>e</sup> sess., p. 123 (1961).

<sup>216</sup> Matthew CARNAGHAN, « Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles », *Bibliothèque du Parlement*, Service d'information et de recherche parlementaires, en ligne : <<http://www.lop.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/prb0564-f.html>> (consulté le 29 novembre 2016).

<sup>217</sup> *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, préc., note 213, préambule.

<sup>218</sup> *Id.*, art. 9.

<sup>219</sup> *Id.*, art. 6(2)b).

Il en est de même pour la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine immatériel*<sup>220</sup>, cette dernière n'ayant par ailleurs pas été ratifiée par le Canada. La langue est perçue comme un « vecteur du patrimoine culturel immatériel »<sup>221</sup>, objet principal de la convention.

L'alinéa 5(1)c) de la *Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement* prévoit « [q]u'il importe de reconnaître aux membres des minorités nationales le droit d'exercer des activités éducatives qui leur soient propres, y compris la gestion d'écoles et, selon la politique de chaque État en matière d'éducation, l'emploi ou l'enseignement de leur propre langue »<sup>222</sup>. Cette Convention est d'autant plus pertinente que la préservation des langues passe par leur apprentissage en bas âge ainsi que par leur partage d'une génération à l'autre. Le Canada est lié par la Convention depuis sa ratification en 1991, mais ne l'a toujours pas incorporé dans son droit interne. Un Comité des droits de l'enfant est néanmoins chargé de veiller à la mise en œuvre de la Convention au sein des pays membres<sup>223</sup>. Sans toutefois être investi de pouvoirs contraignants, il peut dénoncer les violations des États membres publiquement<sup>224</sup>, ce qui lui donne un certain poids.

### 3.3. Les instruments de l'Organisation du travail

Un autre instrument international digne d'intérêt fut adopté par l'Organisation du travail en 1989 : la *Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*<sup>225</sup>.

En résumé :

« La nouvelle convention exige que l'État prenne différentes mesures positives pour que les langues autochtones et leurs locuteurs puissent survivre et s'épanouir. Ainsi, des mesures doivent être mises en place afin de permettre aux membres des communautés autochtones d'avoir accès à tous les niveaux d'éducation, au même titre que le reste de la population nationale<sup>226</sup>. Des programmes et services d'éducation doivent être adaptés à leurs besoins et à leurs propres histoire, connaissance et culture. Ces programmes doivent être développés et mis en œuvre en coopération avec les communautés concernées<sup>227</sup>. La langue vernaculaire de la

---

<sup>220</sup> préc., note 214.

<sup>221</sup> *Id.*, art. 2(2a).

<sup>222</sup> préc., note 215, 5(1)c).

<sup>223</sup> *Id.*, art. 43-45.

<sup>224</sup> HUMANIUM, « Le Comité des droits de l'enfant : Limites du Comité », en ligne : <<http://www.humanium.org/fr/convention/limites-comite-droits-enfant/> (consulté le 29 novembre 2016).

<sup>225</sup> Doc. off. O.I.T., 76<sup>e</sup> sess., n°169 (1989).

<sup>226</sup> *Id.*, art. 26.

<sup>227</sup> *Id.*, art. 27.

communauté doit être enseignée aux enfants autochtones. Si l'enseignement de cette langue est irréalisable, des mesures doivent être prises afin de rendre cela possible<sup>228</sup>. Finalement, l'État doit adopter des mesures pour protéger les langues des communautés autochtones<sup>229</sup>. »<sup>230</sup>

En plus de mesures concrètes, le principe de l'autodétermination des peuples autochtones dans le domaine culturel et linguistique est mis de l'avant. En plus de leur accorder un pouvoir décisionnel, l'État doit fournir les ressources appropriées, entre autres, le financement. L'étendue de la reconnaissance des droits linguistiques autochtones au sein de cette convention nous fait regretter le fait que le Canada n'y soit pas partie. En réalité, il appert être d'une bien faible utilité pour les peuples canadiens. Il nous reste à espérer que le Canada changera d'avis comme il l'a fait à propos de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*<sup>231</sup>.

En résumé, à la lumière de tous ces instruments, aucun instrument n'apparaît contraignant juridiquement et n'ouvre la possibilité d'un recours devant les tribunaux canadiens. Plusieurs obstacles interfèrent : leur caractère non contraignant, l'absence de ratification ou la non-incorporation dans le droit canadien. Il appert qu'au niveau international les obligations du Canada porte un seul un poids moral et interprétatif. Cela pourrait néanmoins changer – ce que nous espérons – et le Canada pourrait décider d'incorporer les normes internationales dans son droit interne afin de se conformer aux exigences et respecter les droits prévus dans les conventions et déclarations précédentes. Qui plus est, les droits linguistiques des autochtones, et même le droit à l'enseignement en leur langue propre, semblent être l'objet d'un consensus de plus en plus étendu parmi les États, peut-être revêtiront-ils un jour le caractère de coutume, ou même, de *jus cogens* vu leur importance fondamentale.

## Conclusion

---

<sup>228</sup> *Id.*, art. 28 (1). Cette obligation se retrouve également dans la *Convention relative aux droits l'enfant*, préc., note 179, art. 30.

<sup>229</sup> préc, note 225, art. 28 (2). Il est à noter que la disposition ne contient pas l'expression « dans la mesure du possible ».

<sup>230</sup> C. BAILLAIRGE, préc., note 48, p. 57-58.

<sup>231</sup> En effet, le Canada avait d'abord refusé d'appuyer cette déclaration pour une multitude de raisons. Les inquiétudes soulevées par le pays quant à l'application de la *Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, préc., note 225, sont similaires aux préoccupations qu'inspirait la Déclaration. Ainsi, peut-être sommes-nous en train d'observer un changement d'attitude de la part du gouvernement canadien et que d'ici peu cet instrument sera ratifié par ce dernier.

Cette dissertation a permis de constater que plusieurs arguments, d'un point de vue constitutionnel et international, soutiennent l'existence de droits linguistiques autochtones. Leur portée reste toutefois ambiguë. Nous avons tenté d'offrir un aperçu des différentes théories et arguments offerts par la doctrine, dont la solidité est variable. Il semble clair que les droits ancestraux protégés par la constitution incluent les droits linguistiques et que la Charte canadienne protège contre toute discrimination fondée sur la langue, malgré l'omission explicite de ce motif,<sup>232</sup> et cela, comme la Charte québécoise<sup>233</sup> et celle du Yukon<sup>234</sup>. Nous sommes persuadés que la Cour suprême advenant qu'elle aille à se prononcer sur ces questions conclut de la sorte. Rien n'est si sûr, toutefois, quant à l'obligation de la part de l'État de préserver les droits linguistiques des autochtones, obligation qui reviendrait, d'ailleurs, tant au gouvernement fédéral que provincial, comme nous l'avons démontré en remarque préliminaire.

Seule une contestation judiciaire permettrait de réellement mettre une lumière sur ce domaine de droit, encore malheureusement flou. La Cour soumise à cette question se fonderait sur un long processus interprétatif semblable à celui qui vient d'être exposé. Nous soutenons que plusieurs bases juridiques pourraient fonder une exigence positive de la part du gouvernement en matière de droits linguistiques, notamment un droit à l'enseignement en langue autochtone, et qu'une telle conclusion serait conforme aux obligations du Canada sur la scène internationale. Il semble à tout le moins que les juges devront être innovateurs, mais la déférence pourrait diriger la conclusion autrement.

La professeure Lorena Fontaine et l'avocat David Leitch préparent un recours constitutionnel afin de faire reconnaître aux communautés autochtones un droit à l'enseignement dans leurs langues propres en vertu de l'article 35. L'affaire ne sera pas menée devant les tribunaux en attente des mesures concrètes du gouvernement suivant sa promesse de donner suite aux appels à l'action de la Commission de vérité et réconciliation<sup>235</sup>. Espérons que le gouvernement prenne ses responsabilités et reconnaisse officiellement les droits linguistiques des autochtones. Cette

---

<sup>232</sup> Charte canadienne, préc., note 4, art. 15.

<sup>233</sup> préc. note 88, art. 10.

<sup>234</sup> *Loi sur les droits de la personne*, préc., note 89, art. 7.

<sup>235</sup> J. TRUDEAU, préc., note 205.

reconnaissance devra être accompagnée de mesures concrètes afin de préserver, et même, raviver les langues autochtones. À suivre.