

Acadianité et droits de la personne : autodétermination identitaire, membriété, langue et droit des minorités nationales*

Mark C. Power[†] et Darius Bossé[‡]

Dans cet article, les auteurs argumentent que les lois en matière de droits de la personne peuvent servir, au Canada, de mécanismes complémentaires à la Charte permettant de réaliser l'égalité de statut entre le français et l'anglais de même qu'entre les communautés acadienne et anglophone. Ils démontrent que la protection contre le traitement discriminatoire fondé sur l'origine ethnique ou nationale doit inclure la langue lorsque celle-ci sert, en grande partie, à identifier une communauté. En se concentrant sur le cas des Acadiens, les auteurs argumentent que les membres des communautés acadiennes peuvent se prévaloir des lois en matière de droits de la personne afin d'exercer leur droit de ne pas subir un traitement discriminatoire basé sur leur origine ethnique ou nationale acadienne. Les auteurs soulignent aussi les dangers reliés à l'adoption d'un modèle de l'ethnicité qui définit l'identité selon des paramètres génétiques plutôt que linguistiques et culturels et appellent à l'élaboration d'une doctrine juridique qui privilégie l'autodétermination identitaire.

* Les auteurs désirent remercier Maître Jean-Pierre Haché, Maître Sophie Patenaude, Maître Michel Doucet, le Programme d'appui aux droits linguistiques, ainsi que les deux évaluateurs externes anonymes.

† Avocat et membre des barreaux de l'Ontario, du Nouveau-Brunswick, de la Colombie-Britannique et de Terre-Neuve et Labrador. Anciennement professeur en voie de permanence au Programme de common law en français de la Section de common law de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

‡ Étudiant à la maîtrise en droit à l'Université McGill, membre du Barreau du Haut-Canada (2014), diplômé du Programme de common law en français de la Section de common law de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa (2013) et détenteur d'un Baccalauréat en sciences sociales (spécialisation en science politique) de l'Université de Moncton (2010).

In this article, the authors argue that human rights legislation in Canada can supplement the Charter in order to achieve equality of status between French and English as well as between the Acadian and anglophone communities. The authors demonstrate that the protection against discrimination on the basis of ethnic or national origin should extend to language when language is the primary basis of identifying a community. Focusing on Acadians, the authors argue that members of Acadian communities can avail themselves of human rights legislation to exercise their right not to be discriminated against on the basis of their Acadian ethnic or national origin. The authors also caution against adopting a model of ethnicity that defines identity using genetic rather than linguistic and cultural parameters and call for the development of a legal doctrine which favours self-identification.

I. Introduction

La survivance d'une petite société humaine dépend notamment de son dynamisme. Alors que la petite société statique risque d'être absorbée par les pressions assimilatrices de la majorité, la petite société dynamique se dote d'institutions et s'organise afin de résister à ces pressions et de préserver les caractéristiques qui font d'elle une société distincte. Ceci est une réalité propre aux petites sociétés, c'est-à-dire ces sociétés qui ont « conscience de la fragilité du destin historique »¹. La petite société est celle qui vit « continuellement l'expérience de la précarité »². Elle est « le chiasme qui se produit à la rencontre de la fragilité qui vient d'en haut et de la créativité qui vient d'en bas »³. La créativité, à son tour, doit être comprise comme la « réponse de la petite société au fait de sa marginalité, de son exigüité, de sa petitesse »⁴. Ainsi, minoritaire, la petite société est fragile et marginale. Elle répond à cette fragilité et à cette marginalité en déployant sa créativité et en se dynamisant.

L'Acadie est une petite société. Elle met à l'œuvre sa créativité et tente de se moderniser afin de continuer à exister. Le présent article porte sur un exemple concret de la créativité mise en œuvre par la communauté acadienne et des obstacles juridiques qu'elle doit surmonter à cet effet. Cet exemple est celui de l'affaire *Halifax (Regional Municipality) v Nova Scotia (Human Rights Commission)*⁵, qui découle d'une plainte à la Commission des droits de la personne de la Nouvelle-Écosse (« Commission des droits de la personne »). Dans cette affaire, on tentait d'utiliser la *Human Rights Act*⁶ de la Nouvelle-Écosse comme mécanisme juridique complémentaire à la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷ afin de réaliser l'égalité de statut entre le français et l'anglais de même qu'entre les communautés acadienne et anglophone. Toutefois, des questions identitaires fondamentales sont soulevées par cette entreprise. Qui est Acadien ? Comment détermine-t-on l'acadianité ?

La pérennité d'une petite société telle que l'Acadie dépend de sa capacité à accroître sa membriété, notamment en intégrant les immigrants d'expression française dans son projet social⁸. Il ne fait aucun doute que l'éducation joue un

¹ Jacques L Boucher et Joseph Yvon Thériault, dir, *Petites sociétés et minorités nationales : Enjeux politiques et perspectives comparées*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2005 à la p 2.

² *Ibid* à la p 3.

³ *Ibid*.

⁴ *Ibid*.

⁵ 2009 NSSC 12, 273 NSR (2^e) 258 [*Halifax v Nova Scotia* 1^{re} inst].

⁶ RSNs 1989, c 214 [*Human Rights Act*].

⁷ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11 [*Charte*].

⁸ Voir Raymond Breton, « L'intégration des francophones hors Québec dans les communautés de langue française » (1985) 55:2 R U d'Ottawa 77 ; Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, *Fonder l'avenir, le temps de la conciliation : rapport*, Québec, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2008 (présidents : Gérard Bouchard et Charles Taylor).

rôle fondamental dans cette intégration et plus généralement pour la vitalité des communautés francophones au Canada⁹. Les petites sociétés doivent donc impérativement avoir accès à des institutions, telles qu'un système d'éducation, leur permettant de transmettre la langue et la culture aux générations futures, de même que d'intégrer l'immigration à leur projet social respectif¹⁰. Il sera démontré dans cet article que la tentative de mobiliser la *Human Rights Act* comme mécanisme juridique complémentaire à la *Charte*, tentative que la Cour suprême du Canada a qualifiée de « nouvelle et complexe »¹¹, constitue justement le type de créativité susceptible d'assurer la pérennité de petites sociétés telles que l'Acadie. Nous verrons aussi comment cette tentative a été entravée par une ingérence indésirable de l'État dans les affaires d'une petite société en matière de définition et d'autodétermination identitaire. Seront analysées les implications de cette ingérence : il sera argumenté que la persistance des petites sociétés comme l'Acadie est mise en péril lorsque les institutions de l'État s'immiscent dans leur capacité à s'autodéterminer.

La prochaine partie de cet article rendra compte de la structure discriminatoire et inconstitutionnelle du financement des écoles publiques en Nouvelle-Écosse entre 1996 et 2006 et abordera sa contestation par la

⁹ Voir *Mahé c Alberta*, [1990] 1 RCS 342, 68 DLR (4^e) 69 [*Mahé* avec renvois aux RCS] ; Raymond Breton, « Institutional Completeness of Ethnic Communities and the Personal Relations of Immigrants » (1964) 70:2 *Am J Sociology* 193 ; Rodrigue Landry et Réal Allard, « Développement bilingue en milieu minoritaire et en milieu majoritaire » dans Hector Cormier et Louise Péronnet, dir, *L'école contribue-t-elle à maintenir la vitalité d'une langue minoritaire ? Journées d'étude des 3 et 4 avril 1987*, Moncton, Centre de recherche en linguistique appliquée, 1987, 11 ; Rodrigue Landry et Réal Allard, « Contact des langues et développement bilingue : un modèle macroscopique » (1990) 46:3 *R can langues vivantes* 527 ; Rodrigue Landry et Réal Allard, « Can Schools Promote Additive Bilingualism in Minority Group Children? » dans Lilliam M Malavé et Georges Duquette, dir, *Language, Culture and Cognition: A Collection of Studies in First and Second Language Acquisition*, Clevedon (R-U), Multilingual Matters, 1991, 198 ; Rodrigue Landry et Réal Allard, « Beyond Socially Naive Bilingual Education: The Effects of Schooling and Ethnolinguistic Vitality of the Community on Additive and Subtractive Bilingualism » (1993) *Annual Conference Journal (NABE '90-'91)* 1 ; Rodrigue Landry, « Le présent et l'avenir des nouvelles générations d'apprenants dans nos écoles françaises » (1995) 22 *Éducation et francophonie* 13 ; Rodrigue Landry et Réal Allard, « Vitalité ethnolinguistique : une perspective dans l'étude de la francophonie canadienne » dans Jürgen Erfurt, dir, *De la polyphonie à la symphonie : Méthodes, théories et faits de la recherche pluridisciplinaire sur le français au Canada*, Leipzig, Leipziger Universitätsverlag, 1996, 61 ; Rodrigue Landry et Réal Allard, « L'exogamie et le maintien de deux langues et de deux cultures : le rôle de la francité familioscolaire » (1997) 23:3 *Revue des sciences de l'éducation* 561 [Landry et Allard, « L'exogamie »] ; Rodrigue Landry et Réal Allard, « Langue de scolarisation et développement bilingue : le cas des Acadiens et francophones de la Nouvelle-Écosse, Canada » (2000) 5 *Diversité Langues*, en ligne : <www.telug.quebec.ca/diverscite> ; Rodrigue Landry, Réal Allard et Kenneth Deveau, *Schooling and Cultural Autonomy: A Canada-Wide Study in Francophone Minority Schools*, Ottawa, Patrimoine canadien, 2010 ; Mark Power, « L'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* : fondements, effets réparateurs et applications » dans Jules Rocque, dir, *La direction d'école et le leadership pédagogique en milieu francophone minoritaire – considérations théoriques pour une pratique éclairée*, Winnipeg, Presses universitaires de Saint-Boniface, 2011, 45.

¹⁰ Bien que l'intégration de l'immigration aux projets sociaux des communautés francophones hors Québec soit une entreprise qui comporte certaines difficultés, ces communautés témoignent d'une ouverture évidente à cet égard (voir Nicole Gallant et Chedly Belkhodja, « Production d'un discours sur l'immigration et la diversité par les organismes francophones et acadiens au Canada » (2005) 37:3 *Can Ethnic Studies* 35).

¹¹ *Halifax (Regional Municipality) c Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 RCS 364 aux para 58–59, [au pluriel dans l'original] [*Halifax c Nouvelle-Écosse* CSC].

communauté acadienne. Seront mis en exergue les obstacles juridiques auxquels la communauté acadienne a fait face, notamment l'opposition du gouvernement, mais aussi la résistance du pouvoir judiciaire relativement à la question identitaire. Finalement, dans la partie suivante, nous nous interrogerons sur les implications de définir l'origine acadienne par l'entremise de paramètres génétiques plutôt que linguistiques et culturels. Sera notamment explorée la question du droit des minorités nationales à se définir elles-mêmes.

L'originalité de cet article réside dans sa démonstration que la protection contre le traitement discriminatoire fondé sur l'origine « ethnique » ou « nationale » [notre traduction]¹² doit inclure la langue lorsque celle-ci sert, en grande partie, à identifier une communauté. Il appelle à l'élaboration d'une doctrine juridique de l'autodétermination identitaire acadienne. À cet égard, l'article pourrait également intéresser les peuples autochtones, qui font face à des réalités très similaires, notamment à l'égard des questions d'identité et de membriété¹³, mais aussi parce qu'on peut imaginer, suivant notre argumentaire, qu'une langue autochtone serait protégée par l'extension de la protection contre le traitement discriminatoire fondé sur « l'origine autochtone » [notre traduction]¹⁴. De plus, l'article tente de rapprocher les sciences sociales, qui s'intéressent à l'exogamie et à ses effets linguistiques¹⁵, et le droit, qui ne s'interroge que très peu sur la membriété¹⁶.

¹² *Human Rights Act*, supra note 6, art 5(1)(q).

¹³ Voir par ex Mark Bennett, « "Indigeneity" as Self-Determination » (2005) 4:1 *Indigenous LJ* 71 ; Gordon Christie, « Culture, Self-Determination and Colonialism: Issues around the Revitalization of Indigenous Legal Traditions » (2007) 6:1 *Indigenous LJ* 13 ; D'arcy Vermette, « Colonialism and the Process of Defining Aboriginal People » (2008) 31:1 *Dal LJ* 211.

¹⁴ *Human Rights Act*, supra note 6, art 5(1)(q); voir également Naiomi Metallic, « Les droits linguistiques des peuples autochtones » dans Michel Bastarache et Michel Doucet, dir, *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014, 891 ; Julie Robinson et Mark C Power, « Constitutionnalité de dispositions conférant un statut, des privilèges et des droits à une langue minoritaire : le cas singulier du Nunavut et de sa *Loi sur la protection de la langue inuit* » (2013) 58:3 *RD McGill* 519.

¹⁵ Voir par ex Commission nationale des parents francophones et Rodrigue Landry, *Libérer le potentiel caché de l'exogamie : profil démolinguistique des enfants des ayants droit francophones selon la structure familiale*, Moncton, Institut canadien de recherche sur les minorités linguistiques/Canadian Institute for Research on Linguistic Minorities, 2003 ; Landry et Allard, « L'exogamie », supra note 9 ; Charles Castonguay, « Exogamie et anglicisation chez les minorités canadiennes-françaises » (1979) 16:1 *Revue canadienne de sociologie et d'anthropologie* 21.

¹⁶ Sébastien Grammond, *Identity Captured by Law: Membership in Canada's Indigenous Peoples and Linguistic Minorities*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2009.

II. Le système de financement scolaire de la Nouvelle-Écosse, la taxe scolaire supplémentaire perçue par la municipalité régionale d'Halifax et la contestation acadienne

L'article 23 de la *Charte* impose notamment au gouvernement de la Nouvelle-Écosse l'obligation constitutionnelle positive de financer un système scolaire de langue française, que ce soit directement – par l'entremise d'affectation de fonds du ministère de l'Éducation – ou indirectement – par l'entremise du régime des impôts municipaux¹⁷. La formule de financement retenue par le gouvernement doit accorder au système scolaire homogène de langue française un financement lui permettant d'offrir une éducation de qualité véritablement équivalente¹⁸ à celle offerte par les écoles de langue anglaise¹⁹. Il faut donc analyser, et surtout comparer, tant les budgets des deux systèmes scolaires, anglophone et francophone, que la qualité de l'éducation offerte par ceux-ci.

Le Conseil scolaire acadien provincial est le conseil scolaire de langue française, établi en Nouvelle-Écosse en raison de l'article 23 de la *Charte*, qui fournit l'instruction homogène en langue française aux niveaux primaire et secondaire à travers la province²⁰. Il existe depuis 1996 et ses pouvoirs

¹⁷ L'article 23 de la *Charte* impose au gouvernement de la Nouvelle-Écosse « l'obligation absolue de mobiliser des ressources et d'édicter des lois pour l'établissement de structures institutionnelles capitales » (*Doucet-Boudreau c Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 RCS 3 au para 28 [*Doucet-Boudreau*]; *Mahé*, *supra* note 9 à la p 389). S'exprimant au nom d'une formation complète et unanime de la Cour suprême du Canada, feu le juge en chef Dickson a expliqué dans l'arrêt *Mahé*, *supra* note 9 à la p 362, que l'objectif de l'article 23 est de maintenir la langue officielle (et la culture qu'elle représente) dans chaque province et territoire où elle est minoritaire et de favoriser l'épanouissement de cette langue par l'entremise d'une éducation de qualité véritablement égale à celle offerte dans la langue majoritaire dans des établissements scolaires distincts. La Cour suprême du Canada a aussi reconnu dans cette affaire que l'éducation dans la langue minoritaire pouvait exiger un financement par élève supérieur à celui accordé aux écoles de la majorité linguistique (*Mahé*, *supra* note 9 aux pp 378–79).

¹⁸ L'analyse juridique de l'équivalence est de nature contextuelle et holistique. Elle doit tenir compte de plusieurs facteurs et est fondée sur l'équivalence réelle de l'expérience éducative et non sur des indicateurs d'équivalence formelle. Ainsi, en Nouvelle-Écosse, les tribunaux doivent procéder à l'analyse réelle du choix des parents ayant le droit, en vertu de l'article 23 de la *Charte*, d'inscrire leurs enfants dans une école de langue française du Conseil scolaire acadien provincial. L'analyse comparative de la qualité de l'éducation offerte par un conseil scolaire de la minorité linguistique vis-à-vis l'éducation offerte par les conseils scolaires de la majorité linguistique doit se faire sur le plan local. En d'autres mots, la qualité de l'éducation offerte par les écoles d'un conseil scolaire de la minorité linguistique sur un territoire donné doit être comparée à la qualité de l'éducation offerte par les écoles de la majorité qui représentent une solution de rechange réaliste pour les parents : *Association des parents de l'école Rose-des-vents c Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21, [2015] 2 RCS 139 aux para 32–50 [*Rose-des-vents*].

¹⁹ *Ibid* ; *Doucet-Boudreau*, *supra* note 17 au para 28 ; *Mahé*, *supra* note 9 aux pp 362, 378–79, 389 ; *Arsenault-Cameron c Île-du-Prince Édouard*, 2000 CSC 1, [2000] 1 RCS 3 au para 31 [*Arsenault-Cameron*].

²⁰ Aujourd'hui, le Conseil scolaire acadien provincial compte 22 écoles, qui sont fréquentées par plus de 4 800 élèves et environ 600 employés. Conseil scolaire acadien, « Informations générales – Qu'est-ce que le CSAP ? » (2015), en ligne : CSAP <csap.ednet.ns.ca>.

découlent de l'article 23 de la *Charte* et de la législation provinciale²¹. Le Conseil scolaire acadien provincial est dirigé par un conseil d'administration composé de membres élus par la communauté acadienne minoritaire dans des circonscriptions recouvrant toute la province²². Il exerce les pouvoirs de gestion et de contrôle exclusifs garantis par l'article 23 de la *Charte*, tels que reconnus dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada²³.

Depuis 1996, le financement par fonds publics des écoles primaires et secondaires des régions d'Halifax et de Dartmouth, en Nouvelle-Écosse, favorisait nettement les écoles de langue anglaise aux dépens des écoles acadiennes de langue française gérées par le Conseil scolaire acadien provincial. Cette inégalité structurelle a perduré jusqu'en 2006.

Plus précisément, pendant cette période, tous les propriétaires de biens-fonds et de commerces situés à Halifax et à Dartmouth, francophones comme anglophones, étaient tenus de payer une taxe scolaire supplémentaire²⁴. Ces sommes, perçues par la municipalité régionale d'Halifax, étaient versées en exclusivité au conseil des écoles publiques de langue anglaise, le Halifax Regional School Board (« HRSB »)²⁵. Le financement de base de tous les conseils scolaires de la province, établi par le ministère de l'Éducation, est

²¹ En l'occurrence, la *Education Act*, SNS 1995-96, c 1 [*Education Act*]. Voir *Doucet-Boudreau v Nova Scotia (Department of Education)* (2000), 185 NSR (2^e) 246 aux para 4, 6, 98, ACWS (3^e) 1006 (NS C supr) [*Doucet-Boudreau* 1^{re} inst avec renvois aux NSR].

²² La *Education Act*, *supra* note 21, prévoit, au paragraphe 13(1) que « [t]he Conseil acadien shall be elected by entitled persons ». La loi définit l'expression « entitled persons » au paragraphe 3(1) en renvoyant aux trois catégories de parents ayant le droit, en vertu de l'article 23 de la *Charte*, que leurs enfants reçoivent leur instruction primaire et secondaire dans la langue de la minorité. Selon l'alinéa 13(5)(a) de la *Education Act*, « the Province shall be divided into eight electoral districts or such greater number of districts as the Utility and Review Board determines ».

²³ *Mahé*, *supra* note 9 à la p 377 ; *Arsenault-Cameron*, *supra* note 19 aux para 42-51 ; *Rose-des-vents*, *supra* note 18 aux para 29-31.

²⁴ La taxe scolaire supplémentaire était prélevée par l'application de l'article 530 de la *Municipal Government Act*, SNS 1998 c 18, abrogé par *An Act to Amend Chapter 18 of the Acts of 1998, the Municipal Government Act*, 2008, c 39, s 389. Celle-ci avait été mise en place par les anciennes villes d'Halifax et de Dartmouth par entente volontaire entre ces municipalités et leurs conseils scolaires de langue anglaise respectifs avant la création du Conseil scolaire acadien provincial. Après la création du Conseil scolaire acadien provincial par l'entrée en vigueur de modifications à la *Education Act*, *supra* note 21, en 1996, le législateur a fusionné plusieurs municipalités et conseils scolaires. Les villes d'Halifax et de Dartmouth étaient alors les seules municipalités à avoir conclu des ententes de financement supplémentaire avec leurs conseils scolaires de langue anglaise avant la création de municipalités régionales et de conseils scolaires régionaux en 1996 et avant la création du Conseil scolaire acadien provincial. L'article 530 de la *Municipal Government Act* a permis la continuation de la taxe scolaire supplémentaire, par laquelle les anciennes villes d'Halifax et de Dartmouth accordaient un financement supplémentaire uniquement aux écoles du conseil scolaire de langue anglaise qui desservait leur territoire, malgré la création de la municipalité régionale d'Halifax et malgré la création du Conseil scolaire acadien provincial.

²⁵ Le HRSB est un conseil scolaire de langue anglaise créé en vertu de la *Education Act*. Il est l'unique conseil scolaire public de langue anglaise qui offre des programmes d'instruction aux niveaux primaire et secondaire dans la municipalité régionale d'Halifax. Le HRSB est financé sur les fonds publics. L'existence du HRSB n'est pas garantie par la constitution canadienne et il n'exerce pas de pouvoirs de gestion et de contrôle garantis par la *Charte*. Le HRSB est dirigé par des élus et les gens qui votent pour ceux-ci ne votent pas pour les représentants du CSAP.

calculé d'abord et avant tout en fonction du nombre d'élèves inscrits²⁶. Or, la taxe scolaire supplémentaire, perçue par la municipalité régionale d'Halifax et remise uniquement au HRSB, permettait à ce dernier de bonifier le budget qu'il recevait aux termes de la formule de financement du ministère de l'Éducation. Les montants additionnels aidaient le HRSB à tirer plusieurs avantages, incluant le financement de projets spéciaux et l'offre, dans ses écoles à Halifax et à Dartmouth, de programmes éducatifs spécialisés dépassant les normes établies par la *Education Act*²⁷. La *Supplementary Funding Policy* du HRSB précisait d'ailleurs que la taxe scolaire supplémentaire était : « for the purpose of augmenting and enhancing programs and services and for providing students with improved opportunities for learning »²⁸. Il s'ensuit que le financement reçu par le Conseil scolaire acadien provincial, de 1996 à 2006, ne lui permettait pas d'offrir une éducation de qualité véritablement équivalente à celle offerte par les écoles de langue anglaise et violait donc l'article 23 de la *Charte*²⁹.

Une telle structure de financement avait donc un impact direct sur le choix éducatif des parents résidant dans les anciennes villes d'Halifax et de Dartmouth et ayant le droit constitutionnel d'inscrire leurs enfants dans une école du Conseil scolaire acadien provincial³⁰. Ce traitement discriminatoire, en raison de l'écart qu'il créait entre la qualité d'éducation offerte par les écoles du Conseil scolaire acadien provincial situées à Halifax et à Dartmouth et la qualité d'éducation offerte par les écoles de langue anglaise qui desservaient le même territoire, contribuaient à l'assimilation de la minorité

²⁶ *Governor in Council Education Act Regulations*, NS Reg 74/97.

²⁷ Parmi ces cours spécialisés et ces avantages administratifs qui n'étaient pas financés par le financement général accordé par la province, notons les suivants : des cours de musique spécialisés ; des cours de beaux-arts ; un programme d'appui au premier cycle du secondaire ; des cours de français langue seconde ; des fonds pour les pratiques exemplaires ; et des fonds discrétionnaires. Voir *Halifax c Nouvelle-Écosse* CSC, *supra* note 11 (preuve, annexe D du Investigation Report, Dossier de l'appelant aux pp 240-43).

²⁸ *Ibid* (preuve, affidavit de Scott Hughes assermenté le 16 avril 2007 à l'appui d'une demande de *certiorari*, soumis par Halifax Regional Municipality, Dossier de l'appelant à la p 131).

²⁹ Pendant cette période, le Conseil scolaire acadien provincial gérait des écoles homogènes de langue française situées à Halifax et à Dartmouth. Le Conseil scolaire acadien provincial gérait trois écoles dans la municipalité régionale d'Halifax, soit l'École élémentaire Bois-Joli, l'École élémentaire Beaubassin et l'École secondaire du Carrefour. L'École élémentaire Bois-Joli offrait des programmes d'instruction de la maternelle à la sixième année. En 2003 et en 2004, au-delà de 500 élèves y étaient inscrits. L'École élémentaire Beaubassin, quant à elle, offrait des programmes d'instruction de la maternelle à la huitième année. En 2003 et en 2004, plus de 400 élèves y étaient inscrits. Finalement, l'École secondaire du Carrefour offrait des programmes d'instruction de la septième à la douzième année. En 2003 et en 2004, plus de 500 élèves y étaient inscrits. *Ibid* (preuve, affidavit de Bruce Fisher assermenté le 26 octobre 2007 à l'appui d'une demande de *certiorari*, soumis par Halifax Regional Municipality, Dossier de l'appelant aux pp 162-63).

³⁰ Les écoles du Conseil scolaire acadien provincial étaient en concurrence avec les écoles du HRSB. En effet, la majorité des parents ayant le droit, en vertu de l'article 23 de la *Charte*, d'inscrire leurs enfants dans les écoles du Conseil scolaire acadien provincial préféraient plutôt les inscrire dans les écoles de la HRSB en raison de ce qu'ils percevaient être une qualité d'éducation supérieure offerte par ces écoles. Voir par ex Commissariat aux langues officielles, *La gestion scolaire : la mise en œuvre de l'article 23 de la Charte* (août 1998), en ligne : Commissariat aux langues officielles <www.languesofficielles.gc.ca>.

linguistique acadienne à Halifax et à Dartmouth³¹, dans une province ayant malheureusement déjà connu plusieurs problèmes réels quant à la mise en œuvre des droits garantis par l'article 23 de la *Charte*³².

C'est à la lumière de ces faits qu'en 2004, des parents acadiens ont entamé une poursuite devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse contre cette province, alléguant que la *Municipal Government Act* était invalide, car elle portait atteinte aux droits à l'instruction en français garantis par l'article 23 de la *Charte*. Cette poursuite s'est soldée par un règlement à l'amiable en 2006. Aux termes de ce règlement, la loi fut modifiée ; elle oblige désormais la municipalité régionale d'Halifax à verser une partie de la taxe scolaire ainsi qu'un financement supplémentaire au Conseil scolaire acadien provincial³³. La communauté acadienne n'a toutefois reçu aucun dédommagement pour le traitement discriminatoire dont elle a fait l'objet quant au financement de l'éducation publique en langue française de 1996 à 2006.

Aussi, des plaintes³⁴ ont été déposées à la Commission des droits de la personne, alléguant qu'une telle structure de financement de l'éducation publique en langue française était discriminatoire et aggravait l'écart entre la qualité d'éducation offerte par le HRSB et celle offerte par le Conseil scolaire acadien provincial.

Une plainte visant la municipalité régionale d'Halifax³⁵ alléguait que l'omission complète de la part de la municipalité de remettre au Conseil scolaire acadien provincial une partie équitable des sommes prélevées par la taxe scolaire supplémentaire correspondait à de la discrimination. Il était

³¹ Tel qu'expliqué par la Cour suprême du Canada dans *Doucet-Boudreau*, *supra* note 17 au para 29, les droits garantis par l'article 23 de la Charte « sont particulièrement vulnérables à l'inaction ou aux atermoiements des gouvernements ». Les gouvernements se doivent de tenir « la promesse concrète contenue à l'article 23 de la Charte », car le danger de l'assimilation et de l'érosion culturelle nécessite une protection réelle et diligente. Si cette promesse n'est pas tenue à temps, le retard ou les mesures inadéquates de la part du gouvernement pourraient provoquer la suspension des services fournis en application de l'article 23, car le nombre d'enfants de personnes ayant le droit d'inscrire leurs enfants dans une école de langue française pourrait cesser de justifier la prestation de ces services.

³² *Lavoie c Nova Scotia (AG)* (1988), 84 NSR (2^e) 387, 50 DLR (4^e) 405 (CS (1^{re} inst)) ; *Lavoie c Nova Scotia (AG)* (1989), 91 NSR (2^e) 184, 58 DLR (4^e) 293 (CS (section d'appel)) ; *Doucet-Boudreau v Nova Scotia (AG)*, 2001 NSCA 104, 203 DLR (4^e) 128 ; *Doucet-Boudreau* 1^{re} inst, *supra* note 21 ; *Dauphinée v Conseil scolaire acadien provincial*, 2007 NSSC 238, 257 NSR (2^e) 259.

³³ Voir *Halifax v Nova Scotia* 1^{re} inst, *supra* note 5 aux para 9-19.

³⁴ *Halifax c Nouvelle-Écosse CSC*, *supra* note 11 (preuve, affidavit de Scott Hughes assermenté le 16 avril 2007 à l'appui d'une demande de *certiorari*, soumis par Halifax Regional Municipality, Dossier de l'appelant aux pp 118-22). Monsieur Lucien Comeau a déposé deux plaintes. Il est Acadien. Sa première langue apprise et toujours comprise est le français. Il a donc des droits en vertu de l'article 23 de la *Charte*. Au moment de se plaindre à la Commission des droits de la personne, il habitait Dartmouth et payait la taxe scolaire supplémentaire. Ses enfants fréquentaient une école du Conseil scolaire acadien provincial à Dartmouth. Or, ni l'école fréquentée par les enfants de Monsieur Comeau ni les deux autres écoles du Conseil scolaire acadien provincial situées à Halifax et à Dartmouth ne bénéficiaient de la taxe scolaire supplémentaire. Ses enfants et lui, ainsi que tous les élèves du Conseil scolaire acadien provincial et leurs parents, ont subi un préjudice du fait qu'aucune partie de la taxe scolaire supplémentaire n'était versée à leur conseil scolaire.

³⁵ Reproduite dans *Halifax (Regional Municipality) v Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2010 NSCA 8 au para 4, 312 NSR (2^e) 339 [*Halifax v Nova Scotia CA*].

allégué dans la plainte que cette omission constituait un traitement différentiel fondé sur l'origine acadienne et violait donc l'article 15 de la *Charte* ainsi que les alinéas 5(1)(a) et (q) de la *Human Rights Act*, selon lesquels :

- 5 (1) No person shall in respect of
 (a) the provision of or access to services or facilities; [...]
 discriminate against an individual or class of individuals on account of [...]
 (q) ethnic, national or aboriginal origin [...]³⁶.

Une autre plainte visait des institutions du gouvernement de la Nouvelle-Écosse, dont le ministère de l'Éducation³⁷. Il y était également allégué que l'omission de remettre au Conseil scolaire acadien provincial une partie équitable des sommes prélevées par la taxe scolaire supplémentaire correspondait à de la discrimination puisque cette omission constituait un traitement différentiel fondé sur l'origine acadienne, et violait donc l'article 15 de la *Charte* ainsi que les alinéas 5(1)(a) et (q) de la *Human Rights Act*.

La Commission des droits de la personne a réalisé une analyse préliminaire des plaintes et a décidé de nommer un commissaire enquêteur pour mener une enquête en bonne et due forme, conformément à la *Human Rights Act*³⁸. La municipalité régionale d'Halifax a cependant demandé à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse d'annuler la décision de la Commission des droits de la personne de nommer un commissaire enquêteur, ce qu'elle a fait. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a infirmé ce jugement³⁹, une décision qui a été confirmée par la Cour suprême du Canada⁴⁰. Ainsi, la seule décision que la Commission des droits de la personne a prise concernant les plaintes a été de nommer un commissaire enquêteur. Toutefois, celui-ci n'a jamais pu

³⁶ *Human Rights Act*, *supra* note 6, art 5(1).

³⁷ Cette plainte visait également le *Service Nova Scotia and Municipal Relations*. Voir *Halifax c Nouvelle-Écosse CSC*, *supra* note 11 (preuve, affidavit de Scott Hughes assermenté le 16 avril 2007 à l'appui d'une demande de *certiorari*, soumis par Halifax Regional Municipality, Dossier de l'appelant aux pp 120-22).

³⁸ *Supra* note 6, art 32A(1).

³⁹ *Halifax v Nova Scotia CA*, *supra* note 35. Au nom d'une Cour d'appel unanime, le juge en chef MacDonald a conclu que le premier juge avait commis des erreurs fondamentales, à la fois dans sa compréhension de la nature des plaintes et dans sa compréhension de la décision de la Commission des droits de la personne de nommer un commissaire enquêteur. Selon la Cour d'appel, il n'était pas évident et hors de tout doute que les plaintes, fondées sur la *Human Rights Act* et l'article 15 de la *Charte*, n'étaient pas recevables devant la Commission des droits de la personne.

⁴⁰ *Halifax c Nouvelle-Écosse CSC*, *supra* note 11. Au paragraphe 41 de ce jugement, le juge Cromwell explique au nom d'une formation unanime que :

[A]ppelé à interdire à la commission d'enquête de décider si les plaintes tombaient sous le coup de la *Loi*, le juge en cabinet aurait dû faire preuve de retenue. Avec le recul, force est de constater que les risques inhérents à la démarche adoptée en l'espèce, à savoir la prolongation indue de l'instance et la multiplication inutile des procédures, se sont matérialisés, et pas qu'un peu. En effet, alors que près de neuf années se sont écoulées depuis le dépôt des plaintes par M. Comeau et que trois juridictions de degrés différents se sont penchées sur la question, le dénouement de l'affaire n'est toujours pas en vue. Ce n'est qu'aujourd'hui que la commission d'enquête nommée en novembre 2006 pourra enfin commencer à examiner sur le fond les plaintes de M. Comeau et les objections formulées par Halifax et par la province.

commencer son enquête, car la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a annulé la décision de la Commission des droits de la personne aux motifs que celle-ci était déraisonnable, que le commissaire enquêteur n'avait pas la compétence d'examiner les allégations contenues dans les plaintes de Monsieur Comeau, que ces allégations étaient théoriques⁴¹ et, enfin, que la doctrine de la chose jugée faisait échec aux allégations⁴².

Définir l'origine « ethnique » ou « nationale » acadienne était critique à la détermination des plaintes et les parties n'ont pas eu la chance de présenter la moindre preuve sur cette question. Il n'est donc pas surprenant que le dossier de preuve devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse n'ait pas étayé la grande majorité de ses conclusions de faits. Selon la Cour, qui prenait connaissance d'office de faits sociologiques, il est de notoriété publique que l'origine « ethnique » ou « nationale » acadienne, aux fins de la *Human Rights Act* ou au sens de l'article 15 de la *Charte*, ne peut être définie que par référence à un lien génétique avec la communauté historique acadienne, sans se référer à la langue ou à la culture acadienne et sans tenir compte de l'immigration francophone (tant des autres régions du Canada qu'ailleurs au monde) en Nouvelle-Écosse. La Cour conclut que :

There is not one shred of evidence alleged in the complaints that CSAP or any of its schools did not receive funding from HRM because some of the CSAP students were of Acadian origin [...]. Moreover, it is common knowledge that CSAP schools provide a French-first language education to children of entitled parents from any ethnic background [nos italiques]⁴³.

Ce faisant, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a préféré son entendement de ce qui constitue la communauté acadienne de la Nouvelle-Écosse à l'entendement plus moderne et inclusif de l'origine acadienne qui

⁴¹ Le premier juge a conclu que, puisque la *Municipal Government Act* avait été modifiée comme résultat de la poursuite de 2004, les plaintes déposées à la Commission étaient devenues théoriques. Toutefois, les tribunaux des droits de la personne sont souvent appelés à se prononcer sur des actes discriminatoires posés en vertu d'une politique, et ce, même si cette politique est modifiée ou annulée avant que le tribunal ne tranche la question. Voir notamment : *Cline v Valley Regional School Board*, 2007 NSHRC 5, 61 CHRR D/391 aux para 53-55, 60, 66; *Thiessen v Charko Investments Ltd*, 2006 BCHRT 313, [2007] BCWLD 6521 aux para 35, 40, 44. Les tribunaux reconnaissent d'ailleurs que la modification d'une politique discriminatoire ne répondra pas nécessairement aux besoins du plaignant. Voir notamment : *Shapiro v Peel (Regional Municipality)*, [1999] OJ 2813, 35 CHRR D/27 aux para 8-9. C'est pourquoi le paragraphe 34(8) de la *Human Rights Act*, supra note 6, laisse au comité d'enquête une grande discrétion dans le type de réparation qu'elle peut accorder, qui varie d'une simple déclaration confirmant la discrimination à une ordonnance enjoignant la partie responsable de verser une indemnité ou d'effectuer une restitution à la partie lésée. Le paragraphe 34(8) de la *Human Rights Act* prévoit que :

A board of inquiry may order any party who has contravened this Act to do any act or thing that constitutes full compliance with the Act and to rectify any injury caused to any person or class of persons or to make compensation therefor and, where authorized by and to the extent permitted by the regulations, may make any order against that party, unless that party is the complainant, as to costs as it considers appropriate in the circumstances.

⁴² *Halifax v Nova Scotia* 1^{re} inst, supra note 5.

⁴³ *Ibid* au para 64.

aurait pu être mis en preuve devant le commissaire enquêteur. Ainsi, selon la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, si la discrimination en fonction de l'origine « ethnique » ou « nationale » acadienne est interdite par la *Human Rights Act*, seules les personnes capables de démontrer un lien génétique avec communauté historique acadienne bénéficieraient de cette protection juridique.

Ce type de réflexion a des conséquences néfastes pour la communauté acadienne et pour les communautés de langue officielle en situation minoritaire ailleurs au Canada. C'est le cas, car leurs membres ne pourraient pas revendiquer, devant l'instance chargée d'instruire les plaintes d'enfreintes aux droits de la personne, leur droit de ne pas faire l'objet d'un traitement discriminatoire en fonction de leur appartenance à une communauté identifiable en grande partie en raison de son usage de la langue française. Un tel cadre analytique, qui n'est pas appuyé par la littérature savante et qui ne tient pas compte, entre autres, de la perception que la communauté acadienne a de sa propre identité, aurait donc eu des effets néfastes sur l'accès à la justice des membres de ces communautés. Puisqu'ils bénéficient de la protection de droits collectifs et que ceux-ci requièrent la satisfaction de critères d'identification et de membricité, ce type de raisonnement est potentiellement également dommageable pour les peuples autochtones du Canada.

Le débat sur ce que signifie être Acadienne ou Acadien au XXI^e siècle – et la mesure dans laquelle cette identité, de plus en plus cernée par des paramètres linguistiques et culturels plutôt que génétiques, est protégée contre la discrimination en vertu de lois sur les droits de la personne et de l'article 15 de la *Charte* – constitue précisément le type de question sur lesquelles un commissaire enquêteur devrait avoir le droit et l'obligation de se prononcer en vertu de sa loi habilitante⁴⁴. Un commissaire enquêteur est mieux placé pour régler ces questions en raison de son expertise en matière de discrimination et dans l'interprétation téléologique de sa loi habilitante. Une telle enquête crée également un forum où des représentants des communautés acadiennes peuvent témoigner de la définition que la société acadienne veut elle-même donner de l'acadianité et au sein duquel les parties intéressées ont l'occasion de présenter de la preuve pertinente à ces questions.

En prenant position sur ces questions, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a démontré son incompréhension de la réalité acadienne et s'est immiscé de façon inappropriée dans l'effort de la communauté acadienne de se servir de la *Human Rights Act* et de l'article 15 de la *Charte* comme mécanisme juridique afin de réaliser l'égalité de statut entre le français et l'anglais en Nouvelle-Écosse et entre les communautés acadienne et anglophone de cette province. Dans la prochaine section, nous réfléchissons aux implications qui découlent

⁴⁴ En vertu du paragraphe 32A(1) de la *Human Rights Act*, *supra* note 6, « [t]he Commission may, at any stage after the filing of a complaint, appoint a board of inquiry to inquire into the complaint ».

d'une telle immixtion. Nous argumentons que les lois en matière de droit de la personne protègent effectivement les individus contre des traitements discriminatoires exercés en fonction de leur appartenance à une communauté identifiable en grande partie en raison de son usage d'une langue, le français en l'occurrence⁴⁵.

III. Un entendement de l'acadianité fondé sur des paramètres génétiques plutôt que linguistiques et culturels empêche les Acadiennes et Acadiens de se prévaloir des régimes de protection des droits de la personne

L'approche adoptée par la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, qui définit l'origine acadienne par l'entremise de paramètres génétiques plutôt que linguistiques et culturels, fait obstacle à la réalisation des objets de la *Human Rights Act* en usurpant la fonction de la Commission des droits de la personne et s'oppose à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada quant à l'objet et à l'importance des lois sur les droits de la personne. En effet, les lois fédérales et provinciales protégeant les droits de la personne au Canada possèdent un caractère unique et quasi constitutionnel et doivent faire l'objet d'une interprétation libérale et téléologique, propre à favoriser le respect des considérations de politique générale qui les sous-tendent⁴⁶. Celles-ci, ainsi que l'article 15 de la *Charte*, ont le même objectif, soient de « mettre fin à la discrimination fondée sur l'un ou l'autre des motifs énumérés ou (comme c'est le cas pour la *Charte canadienne*) sur des motifs analogues »⁴⁷. L'objectif général des tribunaux administratifs en matière de droits de la personne est de « veiller à la mise en œuvre de la politique gouvernementale en matière de

⁴⁵ Le paragraphe 15(1) de la *Charte*, *supra* note 7, prévoit que « [l]a 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, [...] ». Bien que le présent article se concentre sur la protection de la langue contre la discrimination par les lois en matière de droit de la personne, plusieurs arguments avancés dans les sections suivantes peuvent également être faits dans le contexte de l'article 15, sous quelques réserves. À ce sujet, voir Michel Bastarache, « Le principe d'égalité des langues officielles » dans Bastarache et Doucet, *supra* note 14 aux pp 105-15 ; Pierre Foucher, « Les droits linguistiques dans le secteur privé » dans Bastarache et Doucet, *dir, ibid* aux pp 812-19 ; Yves Le Bouthillier, « Le concept d'égalité dans les dispositions linguistiques et à l'article 15 de la *Charte* : y a-t-il des liens ? » (2006) 33 Sup Ct L Rev (2^e) 151 ; José Woehrling, « L'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et la langue » (1985) 30:2 RD McGill 266.

⁴⁶ *B c Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2002 CSC 66, [2002] 3 RCS 403 au para 44 [*B c Ontario*]. En lien avec l'interprétation des termes et des concepts généraux ainsi que de la méthode souple et organique d'interprétation qui s'applique à eux, voir Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd, Markham (Ont), Butterworths, 1994, aux pp 383-84, tel que cité dans Québec (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*) c Montréal (Ville) ; Québec (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*) c Boisbriand (Ville), 2000 CSC 27, [2000] 1 RCS 665 au para 29.

⁴⁷ *B c Ontario*, *supra* note 46 au para 46. Cet objet ressort clairement du préambule de la *Human Rights Act*,

discrimination »⁴⁸, c'est-à-dire d'identifier les pratiques discriminatoires et d'y remédier. Pour ce faire, il est « crucial » que ceux-ci soient en mesure d'exercer leur fonction juridictionnelle et d'interpréter leur loi habilitante de sorte que toute ambiguïté soit interprétée d'une manière qui favorise la réalisation de ses objectifs⁴⁹.

Le droit de ne pas subir un traitement discriminatoire fondé sur l'origine acadienne est à la fois un droit de la personne et un droit linguistique⁵⁰, car l'origine « ethnique » ou « nationale » acadienne est définie en grande partie par le rattachement du peuple acadien à la langue française. Le droit qui protège les membres de cette minorité contre la discrimination en raison de leur appartenance à la minorité est un droit linguistique, en ce sens que la protection de la minorité d'une telle discrimination protégerait également la langue et encouragerait son usage. Or, l'approche adoptée par la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse s'oppose également à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada quant à l'objet et à l'importance des droits linguistiques. Par leur nature et leur objet, les droits linguistiques sont indissociables d'une préoccupation à l'égard de la culture véhiculée par la langue officielle en question et visent à remédier à l'érosion progressive des communautés de langues officielles et à faire de ces groupes linguistiques des partenaires égaux⁵¹, le tout conformément au principe de protection des minorités⁵². Ces droits sont « essentiels à la viabilité de la nation [canadienne] »⁵³. Leur importance « est fondée sur le rôle essentiel que joue la langue dans l'existence, le développement et la dignité

supra note 6:

2 The purpose of this Act is to

- (a) recognize the inherent dignity and the equal and inalienable rights of all members of the human family;
- (b) proclaim a common standard for achievement of basic human rights by all Nova Scotians;
- (c) recognize that human rights must be protected by the rule of law;
- (d) affirm the principle that every person is free and equal in dignity and rights;
- (e) recognize that the government, all public agencies and all persons in the Province have the responsibility to ensure that every individual in the Province is afforded an equal opportunity to enjoy a full and productive life and that failure to provide equality of opportunity threatens the status of all persons; and
- (f) extend the statute law relating to human rights and provide for its effective administration.

⁴⁸ *Bell Canada c Association canadienne des employés de téléphone*, 2003 CSC 36, [2003] 1 RCS 884 au para 26. Ces propos s'appliquent également à la Commission des droits de la personne de la Nouvelle-Écosse et à un commissaire enquêteur nommé par cette dernière, étant donné, notamment, que l'objet de la loi habilitante de la loi néo-écossaise et celui de la loi fédérale sont identiques.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ D'ailleurs, dans *R c Mercure*, [1988] 1 RCS 234 à la p 268, 48 DLR (4^e) 1 [*Mercury* avec renvois aux RCS], la Cour suprême du Canada explique que « [l]es droits linguistiques [...] constituent un genre bien connu de droits de la personne et devraient être abordés en conséquence ».

⁵¹ *Mahé*, *supra* note 9 aux pp 362-64 ; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 RCS 839 à la p 849, 100 DLR (4^e) 723; *Arsenault-Cameron*, *supra* note 19 au para 26 ; *Rose-des-vents*, *supra* note 18 aux para 26-27.

⁵² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 aux para 79-82, 161 DLR (4^e) 385.

⁵³ *Mercury*, *supra* note 50 à la p 269 ; *Thibodeau c Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 RCS 340 au para 4.

de l'être humain »⁵⁴. C'est pourquoi ces droits « doivent dans tous les cas être interprétés en fonction de leur objet, de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada » et constituent « un outil essentiel au maintien et à la protection des collectivités de langue officielle »⁵⁵. Le principe d'interprétation fondé sur le respect des valeurs de la *Charte* est également pertinent, surtout en présence de droits de la personne et de droits linguistiques⁵⁶.

La préférence pour des paramètres génétiques plutôt que linguistiques et culturels dans la définition de l'origine acadienne a donc pour effet d'interdire aux membres de la communauté acadienne ainsi qu'aux membres des communautés de langue officielle en situation minoritaire ailleurs au Canada d'accéder à la justice par le processus administratif prévu par les lois en matière de droit de la personne, malgré le fait que ce processus ait été mis en place précisément parce qu'il est plus rapide et moins dispendieux que la revendication des droits devant les cours supérieures. L'application des principes d'interprétation applicables aux droits de la personne et aux droits linguistiques par un commissaire enquêteur devrait mener à la conclusion que la Commission des droits de la personne est une juridiction appropriée devant laquelle les membres de la communauté acadienne peuvent revendiquer leur droit linguistique de ne pas subir un traitement discriminatoire fondé sur leur origine « ethnique » ou « nationale » acadienne. Cette conclusion tient compte de l'objet des lois sur les droits de la personne, c'est-à-dire l'élimination de toute forme de discrimination, l'évolution des perceptions en matière de droits de la personne, ainsi que le maintien et la protection des collectivités de langue officielle en situation minoritaire. Nous discuterons de deux des motifs protégés contre la discrimination par la *Human Rights Act*, soit l'origine ethnique et l'origine nationale.

Dans *Identity Captured by Law: Membership in Canada's Indigenous Peoples and Linguistic Minorities*, le professeur Grammond entreprend la tâche difficile de cerner un point de rencontre entre la science et le droit quant à l'identité et à la membriété. Il identifie trois conceptualisations de l'ethnicité : raciale, culturelle/essentialiste et constructiviste/relationnelle.

D'abord, en raison de l'incapacité des sciences à démontrer que le concept de « race » constitue une réalité objective, Grammond explique que les conceptions de l'ethnicité fondées sur la race, elle-même définie par l'immutabilité de ses caractéristiques, « are now discredited »⁵⁷. Les conceptions culturelles/essentialiste de l'ethnicité, quant à elles, décrivent

⁵⁴ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 RCS 721 à la p 744, 19 DLR (4^e) 1 ; voir également *Mercure*, *supra* note 50 à la p 269.

⁵⁵ *R c Beaulac*, [1999] 1 RCS 768 au para 25, 173 DLR (4^e) 193 ; *Arsenault-Cameron*, *supra* note 19 au para 27.

⁵⁶ Mark C Power et Darius Bossé, « Une tentative de clarification de la présomption de respect des valeurs de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (2014) 55:3 C de D 775.

⁵⁷ Grammond, *supra* note 16 à la p 6.

les groupes culturels

[by] isolat[ing] certain observable cultural characteristics that appear to be common to all group members. Each cultural group would be identified by a small set of cultural traits (ways of dressing, foundational myths, language, etc.) in such a way that each group's culture would be different, in some essential respects, from the culture of its neighbours⁵⁸.

Bien qu'on ait encore recours aux conceptions culturelles/essentialistes de l'ethnicité dans certains domaines du droit, Grammond explique que celles-ci cèdent la place, depuis les années 1960, aux conceptions constructivistes/relationnelles de l'ethnicité, qui sont « now widely accepted »⁵⁹ :

This means that ethnic groups are no longer defined on the basis of the supposedly essential elements of their culture, as determined by external observation and classification, but rather by the cultural features, or “markers,” that group members use in identifying themselves with the group in the course of social interaction; this is why we will call this conception “relational.”

In modern anthropology and sociology, the terms “ethnic” and “ethnicity” are used to refer to groups who construct a definition of themselves that relies on (real or perceived) cultural differences. While the world's cultural diversity cannot be divided into discrete, mutually exclusive cultural groups, individuals interacting with other persons who are culturally different ascribe significance to some (but not all) of those differences. They create “ethnic boundaries” through the selection of relevant cultural “markers” that will be used to distinguish members of different ethnic groups. Language, religion, traditions, and ways of life are examples of what may become ethnic markers⁶⁰.

À notre sens, l'élément fondamental de cette conception de l'ethnicité est qu'elle « derives from what the actors themselves subjectively consider to be relevant cultural characteristics of group members »⁶¹ et que les « [g]roups can thus define their own ethnic identity from the inside, rather than having it imposed from the outside »⁶². Ceci implique aussi nécessairement que les « cultural markers that define an ethnic group may evolve over time: in this regard, everything depends on the group members' changing views »⁶³.

⁵⁸ *Ibid* à la p 9.

⁵⁹ *Ibid* à la p 12.

⁶⁰ *Ibid* à la p 11.

⁶¹ *Ibid* à la p 12.

⁶² *Ibid* à la p 14. À la page 44, le professeur Grammond ajoute qu'il existe des moral grounds in favour of the attribution of the power to define membership criteria to the political institutions of the minority concerned [...]. Members of the group choose cultural markers that differentiate them from non-members. Each individual may have his or her own view of the distinctive features of the group's ethnicity [...]. *The best way to aggregate them into a fixed legal definition is through a political process involving the members of the group and allowing them to define their own ethnicity* [nos italiques].

⁶³ *Ibid* à la p 12.

Selon le juge de procès dans l'affaire *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, « identification as a member of a community is not external. Membership is identified by the community. It should always be the particular Aboriginal community that defines its own membership »⁶⁴. Quelques indices suggèrent que la Cour suprême du Canada serait également à l'aise avec une telle conception de l'ethnicité. Par exemple, en 1939, dans l'affaire *Reference whether "Indians" includes "Eskimo"*⁶⁵, la Cour suprême avait « wisely declined to give any weight to racial arguments, preferring to rely on evidence that the Inuit were counted as Indians in the official discourse in Canada at the time the relevant statute was enacted »⁶⁶. Lorsque vient le temps de définir la nature d'un droit « autochtone », la Cour suprême explique que « le tribunal doit tenir compte du point de vue des autochtones qui revendiquent ce droit »⁶⁷ et qu'il est « crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause »⁶⁸. Également, en faisant de l'auto-identification et de l'acceptation par la communauté des facteurs déterminants de l'identité métisse, la Cour suprême du Canada reconnaissait implicitement dans *R c Powley*⁶⁹ que l'identité est un concept changeant au fil du temps.

La plupart des régimes de protection des droits de la personne du Canada partagent certaines similarités avec la *Human Rights Act*⁷⁰. Or, des tribunaux administratifs en matière de droits de la personne, notamment au palier

⁶⁴ 2007 BCSC 1700 au para 444, 163 ACWS (3^e) 873.

⁶⁵ [1939] SCR 104, [1939] 2 DLR 417.

⁶⁶ Grammond, *supra* note 16 à la p 7.

⁶⁷ *R c Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507 à la p 550, 137 DLR (4^e) 289.

⁶⁸ *R c Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075 à la p 1112, 70 DLR (4^e) 385.

⁶⁹ 2003 CSC 43, 2 RCS 2007 aux para 31-33 [*Powley*]. Notons que même en requérant « la preuve de l'existence de liens ancestraux avec une communauté métisse historique », la Cour suprême précise qu'elle « n'exiger[ait] pas la preuve de "liens du sang" minimums, mais plutôt la preuve que les ancêtres du demandeur appartenaient, par naissance, adoption ou autrement, à la communauté métisse historique » (*Ibid* au para 32). Voir toutefois *CSF Yukon*, *infra* note 110 et texte accompagnant.

⁷⁰ À l'exception la *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ, c C-12 du Québec, où l'article 10 interdit de façon expresse la « distinction, exclusion ou préférence fondée sur [...] la langue », aucun régime de protection des droits de la personne du Canada n'accorde à la langue la protection directe et explicite accordée à la race et à l'origine ethnique ou nationale. Toutefois, l'alinéa 7(c) de la *Loi sur les droits de la personne*, LRY 2002, c 116 au Yukon interdit la discrimination fondée sur « l'origine linguistique ou ethnique ». À notre sens, cette disposition clarifie ce que les décisions des tribunaux administratifs ont précisé en Ontario, en Colombie-Britannique et en Saskatchewan, c'est-à-dire que les motifs de discrimination interdits par les lois sur les droits de la personne au Canada incluent une importante composante linguistique et culturelle.

fédéral⁷¹, en Ontario⁷², à l'Île-du-Prince-Édouard⁷³, en Colombie-Britannique⁷⁴ et en Saskatchewan⁷⁵ ont conclu que la langue constitue un élément crucial de l'origine ethnique ou de la « constellation of identifiable characteristics related to the grounds of race, colour, ancestry and place of origin »⁷⁶ qui, ensemble, définissent l'identité ethnique ou nationale. Ces tribunaux administratifs ont également refusé de faire de la génétique un élément constitutif de l'origine ethnique ou nationale.

Par exemple, dans l'affaire *Rivers c Conseil de la bande indienne de Squamish*, le Tribunal canadien des droits de la personne accordait une place importante aux langues squamish et gitksan comme éléments constitutifs des identités ethniques squamish et gitksan. Elle concluait « que le fait d'être né gitksan ou squamish peut être tenu pour une origine nationale ou ethnique au sens où ces termes sont employés dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* »⁷⁷.

⁷¹ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, LRC 1985, c H-6, art 3(1) : « Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la *race, l'origine nationale ou ethnique*, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience » [nos italiques].

⁷² *Code des droits de la personne*, LRO 1990, c H.19, art 1 [*Code des droits de la personne*] :

Toute personne a droit à un traitement égal en matière de services, de biens ou d'installations, sans discrimination fondée sur la *race, l'ascendance, le lieu d'origine*, la couleur, l'*origine ethnique*, la citoyenneté, la croyance, le sexe, l'orientation sexuelle, l'identité sexuelle, l'expression de l'identité sexuelle, l'âge, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap [nos italiques].

⁷³ *Human Rights Act*, RSPEI 1988, c H-12, art 1(1)(d) [*Human Rights Act, IPE*] : « “discrimination” means discrimination in relation to age, colour, creed, disability, *ethnic or national origin*, family status, gender expression, gender identity, marital status, political belief, race, religion, sex, sexual orientation, or source of income of any individual or class of individuals » [nos italiques].

⁷⁴ *Human Rights Code*, RSBC 1996, c 210, art 8(1)(b) :

A person must not, without a bona fide and reasonable justification, [...] (b) discriminate against a person or class of persons regarding any accommodation, service or facility customarily available to the public because of the *race, colour, ancestry, place of origin*, religion, marital status, family status, physical or mental disability, sex, sexual orientation or age of that person or class of persons [nos italiques].

⁷⁵ *The Saskatchewan Human Rights Code*, SS 1979, c S-24.1, art 2(1)(m.01) : « In this Act [...] “prohibited ground” means [...] (x) ancestry; (xi) nationality; (xii) place of origin; (xiii) race or perceived race [...] ».

⁷⁶ *CSWU Local 1611 v SELI Canada and others (No 8)*, 2008 BCHRT 436 au para 248, [2009] BCWLD 3584 [*SELI No 8*]. Voir toutefois *Kibale c Canada (Transport Canada)*, 8 CHRR D /4055, 87 CLLC 17010.

⁷⁷ *Rivers c Conseil de la bande indienne de Squamish*, [1994] CHR D No 3, 94 CLLC 17,012 à la p 38. Dans cette affaire, aux pages 37-38, le Tribunal canadien des droits de la personne s'est inspiré de sources britannique et néo-zélandaise sur la définition de groupe ethnique et d'origine ethnique :

La signification du terme “groupe ethnique” a été étudiée par la Chambre des lords dans l'arrêt *Mandla v. Dowell Lee*, (1993) 1 All E.R. 1062 :

[TRADUCTION] Pour qu'un groupe forme un groupe ethnique au sens de la Loi de 1979, il faut, à mon sens, qu'il se considère lui-même ou que les autres le considèrent comme formant une collectivité distincte en raison de certains caractères. Certains de ces caractères sont essentiels; d'autres ne sont pas essentiels, mais un ou plusieurs de ceux-ci sont communs et servent à distinguer le groupe de l'ensemble qui l'englobe. Les conditions qui me semblent essentielles sont les suivantes : (1) une longue histoire commune, dont le groupe a conscience qu'elle le distingue des autres groupes et dont le souvenir assure la perpétuation; (2) une tradition culturelle propre, incluant des mœurs et des coutumes familiales et sociales, souvent mais pas nécessairement associées à la pratique religieuse. Outre ces deux caractères essentiels, les traits qui suivent sont, d'après moi, pertinents : (3) soit une origine géographique ou une

Dans l'affaire *Espinoza*, le commissaire enquêteur nommé en vertu du *Code des droits de la personne* de l'Ontario notait que « [e]thnic origin and place of origin are not defined in the Code and have not been discussed at length in the case law »⁷⁸ et s'est donc inspiré de la discussion suivante de la doctrine sur la discrimination :

The most important criterion underlying the concept of ethnicity is that of common ancestry or peoplehood. Common ancestry, in turn, is a multi-faceted concept implying at least three criteria: biological descent from common ancestors, maintenance of a shared ancestral heritage (culture and social institutions), and attachment to an ancestral territory (homeland). These criteria provide the foundation for the actual or assumed distinctiveness of an ethnic category – a people classified as alike on the basis of ethnicity. The criterion of biological descent from common ancestors underlies actual or assumed physical distinctiveness. When this criterion of ethnicity is emphasized in classification, we may speak of a racially-defined ethnic category. The criterion of attachment to an ancestral territory or homeland underlies actual or assumed distinctiveness deriving from national origin. When this criterion of ethnicity is emphasized we may speak of a nationally-defined ethnic category. The criterion of maintenance of an ancestral heritage underlies actual or assumed socio-cultural distinctiveness. When this criterion is emphasized we may speak of a culturally-defined ethnic category. Frequently, the criterion of ancestral heritage emphasizes one sociocultural phenomenon such as language or religion. *When the aspect of culture selected for emphasis is language, we may speak of a linguistically-defined ethnic category; when it is religion, we may speak of a religiously-defined ethnic category* [nos italiques].

Although these distinctions are analytically useful, it is important to note that a given ethnic category may be arbitrarily classified on the basis of any one or any combination of these criteria of ethnicity⁷⁹.

ascendance commune, limitée à un petit nombre d'ancêtres communs; (4) une langue commune, pas nécessairement propre au groupe; (5) une littérature commune, propre au groupe; (6) une religion commune, différente de celle des groupes voisins ou de l'ensemble qui l'englobe; (7) l'état de minorité ou le fait d'être opprimé ou de constituer un groupe dominant au sein d'une collectivité, par exemple un peuple conquis (comme les habitants de l'Angleterre peu après la conquête normande) et ses conquérants pourraient former deux groupes ethniques.

Le sens du terme "origine ethnique" a été analysé par la cour d'appel de la Nouvelle-Zélande dans l'arrêt *King-Ansell v. Police*, (1979) 2 N.Z.L.R. 531, à la p. 543, où elle se reporte à un passage relatif aux Écossais, tiré des motifs de lord Simon dans l'arrêt *Ealing v. Race Relations Board* (1972) 1 All E.R. 105 :

[TRADUCTION] Ces mêmes liens historiques communs auxquels il s'est référé sont suffisants pour constituer une origine nationale. De la même façon, un groupe se caractérise par son origine ethnique s'il représente un élément d'une population qui se différencie des autres par une combinaison suffisante de coutumes, de croyances, de traditions et de caractères communs, provenant d'un passé commun ou supposé commun, même si, génétiquement, les individus qui le composent ne sont pas tous de la même race. C'est cette combinaison de coutumes, de croyances, de traditions et de caractères communs, qui proviennent d'un passé commun ou supposé commun, même si, génétiquement, les individus qui le composent ne sont pas tous de la même race. Ces individus ont une identité sociale distincte qui repose simplement sur la cohésion et la solidarité du groupe, mais aussi sur la conscience de son passé.

⁷⁸ *Espinoza v Coldmatic Refrigeration of Canada Ltd* (1995), 95 CHRR 230-026, 29 CLLC D/35 au para 227, conf par [1998] OJ No 4019 (C Div), 83 ACWS (3^e) 101 [*Espinoza*].

⁷⁹ David R Hughes et Evelyn Kallen, *The Anatomy of Racism: Canadian Dimensions*, Montréal, Harvest House,

Le commissaire enquêteur acceptait également le témoignage expert de la professeure Henry⁸⁰ :

Ethnic refers to place of origin of a group, that is in geographical terms, the actual place in the world that they come from. It refers also to their cultural patterns and cultural beliefs which are shared amongst them. And with respect to the cultural shared features, *the ones that are most important in human populations are such things as a shared language, a shared religion, and other social characteristics such as family organization, kinship, and other aspects like that.*

*Included also in the definition of ethnic or ethnic group is the individual's own subjective identification as a member of X group. So that there are both objective characteristics of an ethnic group, such as I have described, and there are also subjective features such that an individual identifies as a member of a particular group [nos italiques]*⁸¹.

Le commissaire enquêteur concluait dans cette affaire que la langue et la culture sont très importantes dans la définition de l'origine ethnique au sens des lois sur les droits de la personne⁸² et que la langue pouvait être abordée dans la protection contre la discrimination fondée sur l'origine ethnique ou sur le lieu d'origine en tant que « one of the many identifying features of "ethnicity" »⁸³. Le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario a depuis reconnu à maintes reprises que « [l]anguage is not a protected ground in the Code, although it can be a proxy for or indicator of discrimination based, for example, [on] race, ethnicity or place of origin »⁸⁴.

Dans l'affaire *Ayangma v Eastern School Board*, la Commission des droits de la personne de l'Île-du-Prince-Édouard, s'inspirant de l'affaire *Espinoza*,

1974 aux pp 83–84, tels que cités dans Judith Keene, *Human Rights in Ontario*, 2^e éd, Toronto, Carswell, 1992 à la p 57, tel que cités dans *Espinoza*, supra note 78 au para 228. Cette discussion est reprise dans J Walter Surma Tarnopolsky et William F Pentney, *Discrimination and the Law: Including Equality Rights Under the Charter*, 2^e éd, Don Mills (Ont), Thomson Reuters, 2004 à la p 5–33.

⁸⁰ Frances Henry est professeure émérite d'anthropologie à l'Université York ainsi que consultante en matière de relations raciales. Elle a publié de nombreux ouvrages et articles savants au sujet du racisme. Elle est membre de la Société royale du Canada depuis 1989.

⁸¹ *Espinoza*, supra note 78 au para 231.

⁸² *Ibid* au para 234 :

[T]hose others from Ecuador and other Central and South American countries were identifiable in terms of ethnic origin based on a common language and a common historical colonial past in a specific geographical area. Their ethnicity can be culturally and linguistically defined as "latin American", with the prominent identifying factor being the Spanish language.

⁸³ *Ibid* au para 235 :

The respondents' position that there cannot be discrimination on the basis of language, because it is not one of the protected grounds was considered. In my view, language as a protected ground is not the issue. To the extent that language can be incorporated in the protected ground of "ethnic origin" or "place of origin", it can be addressed, not as a sub-category, but as one of many identifying features of "ethnicity".

⁸⁴ *Dhamrait v JVI Canada*, 2010 HRTO 1085, 70 CHRR D/373 au para 64. Voir également *Saadi v Audmax Inc*, 2009 HRTO 1627, 68 CHRR D/442 au para 39; *Arnold v Stream Global Services*, 2010 HRTO 424 aux para 17–20, [2010] OHRTD No 407 ; *Woolrich v Royal LePage Relocation Services Inc*, 2010 HRTO 670 au para 34, [2010] OHRTD No 634 ; *Ilchenko v Algonquin Careers Academy*, 2012 HRTO 2226 au para 99, [2012] OHRTD No 2200.

concluait que « discrimination on the basis of race may take the form of a difference of treatment on the basis of language, religion, national, cultural or physical characteristics »⁸⁵.

S'appuyant également sur la doctrine concernant la discrimination citée dans l'affaire *Espinoza*, le Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique a tiré une conclusion similaire dans l'affaire *SELI No 8*. Celui-ci n'a pas accordé une grande importance aux notions d'hérédité ou d'appartenance à un groupe devant être démontrées génétiquement, rejetant ainsi une définition du groupe protégé qui mise sur des notions désuètes de « race » comme catégorie scientifique :

[A]ttempts to define "race" or "colour" are somewhat irrelevant in human rights law, "as the real concern is not with the 'race' or 'colour' or other hereditary origin of the individual who has been discriminated against, but rather with what the respondent perceives the complainant to be" [and that] concepts such as "ancestry" and "place of origin" may be illusive of definition [...]⁸⁶.

Le Tribunal s'est dit d'avis que l'arrêt *Fletcher Challenge Canada Ltd v British Columbia (Council of Human Rights)*⁸⁷, l'un des rares jugements d'une cour supérieure en la matière, « recognizes both the cultural significance of language, and that discrimination on the basis of language may be encompassed within discrimination on the grounds of race, colour, ancestry or place of origin »⁸⁸. Après avoir noté que « [t]he grounds of race, colour, ancestry and place of origin may be combined to define, in a comprehensive way, ethnic identity as a basis of discrimination »⁸⁹, le Tribunal a accordé un rôle important à la langue dans la définition de l'identité ethnique du groupe en question⁹⁰ et a conclu que

[h]ere, as in *Espinoza*, the point is not that members of the Complainant Group were discriminated against because of their shared language, Spanish, but rather that their shared language is one of the factors which helps to define them as a distinct group, and that that shared language is related to their race, ancestry and place of origin⁹¹.

⁸⁵ *Ayangma v Eastern School Board*, [2005] 56 CHRR D/297, 2005 CarswellPEI 111 au para 18.

⁸⁶ *SELI No 8*, *supra* note 76 au para 237.

⁸⁷ [1992] 97 DLR (4^e) 550, 73 BCLR (2^e) 335 (CS) [*Fletcher*].

⁸⁸ *SELI No 8*, *supra* note 76 au para 243.

⁸⁹ *Ibid* au para 237.

⁹⁰ *Ibid* au para 240 :

We find that members of the Complainant Group are from a defined geographic area – Central and South America, specifically, Costa Rica, Columbia and Ecuador, thereby bringing the complaint, as in *Bitonti*, within the ground of place of origin. They share a common language – Spanish. While they are not monochromatic, most members of the Complainant Group who testified before us can reasonably be described as relatively dark-skinned. It is reasonable to assume they share some degree of common ancestry. The sum of these characteristics, and related cultural characteristics, such as their food preferences, about which several of them testified, identified the members of the Complainant Group as a distinct group of "Latin American" workers, exhibiting shared characteristics related to the grounds of race, colour, ancestry and place of origin.

⁹¹ *Ibid* au para 243. Voir toutefois *Katayeva v Vancouver Island Health Authority*, 2010 BCHRT 40, [2010] BCWLD 3953 aux para 23, 25.

Le commissaire enquêteur nommé en vertu de la *Saskatchewan Human Rights Code* dans l'affaire *Welen v Gladmer Developments Ltd*⁹² a tiré des conclusions semblables à celles de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Fletcher*. Le commissaire enquêteur a cité le témoignage de l'expert Alan B Anderson, professeur de sociologie à l'Université de la Saskatchewan, selon lequel « language “goes hand in hand with ethnicity.” While there are other factors, language is usually the most important one. If language is lost, an individual is usually lost as a member of that particular ethnic group »⁹³. Il s'est ensuite dit

certainly convinced that language is protected. Language is the conveyor of culture, including nationality and ethnicity, and is, on the other hand, shaped by it. Therefore, if nationality is protected by the Code, so must be the language of that nationality for, in fact, they are usually inextricably bound together⁹⁴.

Certains auteurs abondent en ce sens et définissent la nationalité comme « a person's connection, or state of “belonging”, to a “nation” »⁹⁵ et expliquent que

“nation” can probably be defined as a people, in the sense of the Roman *gens*, generally inhabiting a distinct portion of the earth, usually sharing the same language and customs, possessing historical continuity, probably distinguished from other like groups by their racial origins and characteristics, and increasingly, although not invariably, living under the same government and sovereignty⁹⁶.

Les sciences sociales permettent également d'éclairer le concept d'origine nationale. On opère couramment une distinction entre une conception civique et une conception ethnique du nationalisme⁹⁷ : « La nationalité est “civique” lorsqu'elle s'acquiert par un acte de volonté. Elle est “ethnique” lorsqu'elle est un attribut qui s'impose à l'individu et qui n'est pas amendable. La première orientation donne cours à un nationalisme civique et la seconde à un nationalisme ethnique »⁹⁸. Toutefois, pour nos fins, dans la mesure où certaines lois sur les droits de la personne, dont la *Human Rights Act*, protègent également l'origine « ethnique » ou « nationale » nous ne traiterons pas des débats sociologiques au sujet de la différence entre les concepts d'ethnie et

⁹² *Welen v Gladmer Developments* (1990), 11 CHRR D/348, 1990 WL 1048742 (Sask Bd Of Inq).

⁹³ *Ibid* au para 17.

⁹⁴ *Ibid* au para 19.

⁹⁵ Tarnopolsky et Pentney, *supra* note 79 à la p 5-53.

⁹⁶ *Ibid* aux pp 5-53, 5-54.

⁹⁷ Voir par exemple Michael Keating, *Les défis du nationalisme moderne : Québec, Catalogne, Écosse*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1997 ; Anthony D Smith, « Ethnicity and Nationalism » dans Krishan Kumar et Gerard Delanty, dir, *The SAGE Handbook of Nations and Nationalism*, London, Sage Publications, 2006, 169 ; Denis Monière, *Pour comprendre le nationalisme au Québec et ailleurs*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2001.

⁹⁸ Antoine Roger, *Les grandes théories du nationalisme*, Paris, Armand Colin, 2001 aux pp 151-52.

de nation⁹⁹ ni de la constitution de l'Acadie, à savoir s'il s'agit d'une ethnie ou d'une nation¹⁰⁰. Une telle entreprise déborde largement le cadre du présent article et la distinction entre l'origine ethnique et l'origine nationale sur le plan juridique mériterait de faire l'objet d'une étude à part entière. Ce qui importe pour nos fins est que la langue constitue également un élément crucial de l'origine « nationale »¹⁰¹.

À notre sens, l'importance que les divers décideurs administratifs ont accordée à l'identité comme motif de discrimination ainsi que l'importance de la langue et de la culture comme éléments déterminants de cette identité ont une portée directe sur la définition de l'origine « ethnique » ou « nationale » acadienne aux fins des lois sur les droits de la personne.

Ainsi, c'est à l'aide du modèle constructiviste/relationnel de l'ethnicité que l'entendement de l'acadianité fondé sur des paramètres génétiques plutôt que linguistiques et culturels doit être analysé. Force est de conclure qu'une telle compréhension de l'acadianité est déconnectée de la réalité sociologique acadienne. En effet, bien que certains adhèrent encore à une conception généalogique de l'identité acadienne, la vision contemporaine et plus moderne de l'Acadie repose davantage sur la notion d'une société civile regroupant les communautés de langue française des provinces de l'Atlantique¹⁰². Certes, cette société acadienne est ancrée dans une continuité

⁹⁹ Voir Keating, *supra* note 97 ; Smith, *supra* note 97.

¹⁰⁰ Voir J Yvon Thériault, « Entre la nation et l'ethnie : Sociologie, société et communautés minoritaires francophones » (1994) 26:1 *Sociologie et sociétés* 15 ; J Yvon Thériault, « Domination et protestation : le sens de l'Acadianité », (1981) 23:1 *Anthropologica* 39 ; Joseph Yvon Thériault, *Faire Société : Société civile et espaces francophones*, Sudbury, Prise de parole, 2007.

¹⁰¹ Notons à cet égard que dans *Re Victoria Union Hospital and CUPE*, Loc 84 (1994), 39 LAC (4^e) 339 au para 26-27 (QL), la Saskatchewan Labour Arbitration Board interprétait les expressions « race » et « national origin » dans une convention collective de sorte à inclure les francophones au Canada :

[T]he common dictionary definition of "race" seems to lead to the conclusion that a "distinct group of people" such as those who have French as their first language would be protected against discrimination by the collective bargaining agreement. The employer would be prohibited, for example, from terminating an employee whose first language was French for that reason alone.

An equally broad interpretation of the phrase "national origin" leads to the same conclusion. Canada, an officially bilingual nation, is a country in which the whole issue of language must be sensitively handled. The question of whether or not "francophones" comprise a "distinct society" or a nation within a nation raises issues far more complicated and controversial than is required for this board of arbitration to determine. It is sufficient to say that this board believes that the phrase "national origin" should be interpreted broadly enough to include those persons who originate from anywhere in Canada including French-speaking Canada. Consequently, discrimination based purely on "national origin" would not be permitted.

¹⁰² Maurice Basque, « Acadiens, Cadiens et Cajuns : identités communes ou distinctes ? » dans Ursula Mathis-Moser et Günter Bischof, dir, *Acadians and Cajuns : The Politics and Culture of French Minorities in North America / Acadiens et Cajuns : Politique et culture de minorités francophones en Amérique du Nord*, Innsbruck, Innsbruck University Press, 2009, 27 ; Julien Massicotte, « Le territoire acadien. Contextes et perceptions » dans Martin Pâquet et Stéphane Savard, dir, *Balises et références. Acadies, francophonies*, Laval, Presses de l'Université Laval, 2007, 79 aux pp 99-100 ; Adrien Bérubé, « De l'Acadie historique à la Nouvelle-Acadie : les grandes perceptions contemporaines de l'Acadie » dans Jacques Lapointe et André Leclerc, dir, *Les Acadiens : État de la recherche*, Québec, Conseil de la vie française en Amérique, 1987, 198 aux pp 202-08.

historique et géographique, mais l'identité acadienne n'est pas limitée par la généalogie, la génétique ou le fait d'avoir un ancêtre qui a été victime de la Déportation de 1755 ; l'appartenance au groupe est plutôt basée sur l'usage de la langue française et la participation à un projet de société civile acadienne, notamment par l'intermédiaire du réseau associatif acadien et des institutions acadiennes¹⁰³.

À titre d'exemple, la Fédération acadienne de la Nouvelle-Écosse tenait, dans le cadre de sa 46^e Assemblée générale annuelle en octobre 2014, un Forum communautaire intitulé « l'Acadie de la Nouvelle-Écosse en 2014 : réflexion sur la construction identitaire »¹⁰⁴ lors duquel les participants ont discuté de cinq thèmes : une définition de l'Acadie, les valeurs de la communauté acadienne, le terme « Néo-Acadiens », la génétique et la généalogie, ainsi que les arts et la culture. Les conclusions de la Fédération acadienne de la Nouvelle-Écosse sont révélatrices et méritent d'être reproduites intégralement :

De manière générale, les participants ont convenu qu'il revenait à chaque personne de déterminer son identité et à la communauté de se définir en tant que peuple. Pour autant que les personnes qui souhaitent en faire partie souscrivent au projet de société acadien, les nouveaux arrivants sont invités à s'intégrer sans toutefois s'assimiler, car c'est la diversité qui fait la richesse de notre communauté. Par ailleurs, les participants ont exprimé un fort rejet du terme « néo-acadien » car il introduit une catégorie de seconde classe jugée discriminatoire.

Sur le plan des valeurs de la communauté acadienne, l'accent a été mis sur la langue française et le sens de fierté et de respect de la communauté acadienne. Plus que l'aspect du sang ou de la généalogie, c'est donc d'intégration et de volonté d'intégration que l'on parle. De plus, les participants favorisent une plus grande ouverture à l'endroit des Acadiens qui ont perdu leur langue, aux anglophones et aux francophiles.

La définition de la communauté acadienne de la Nouvelle-Écosse est donc résolument inclusive et invite tant les anglophones, que les francophiles et francophones à participer et contribuer à son développement dans l'objectif de préserver sa langue et sa culture¹⁰⁵.

On constate d'ailleurs une évolution comparable ailleurs au Canada¹⁰⁶. En

¹⁰³ Basque, *supra* note 102.

¹⁰⁴ Fédération acadienne de la Nouvelle-Écosse, communiqué « Un Forum communautaire sur la construction identitaire dans le cadre de la 46^e Assemblée générale annuelle de la Fédération acadienne de la Nouvelle-Écosse » (17 octobre 2014), en ligne : Fédération acadienne de la Nouvelle-Écosse <www.acadiene.ca>.

¹⁰⁵ Fédération acadienne de la Nouvelle-Écosse, communiqué « L'identité de l'Acadie de la Nouvelle-Écosse au cœur de l'Assemblée générale annuelle de la Fédération acadienne » (24 novembre 2014), en ligne : Fédération acadienne de la Nouvelle-Écosse <www.acadiene.ca>. Alors qu'elle était la directrice générale de la Fédération acadienne de la Nouvelle-Écosse, Marie-Claude Rioux expliquait au journal *Le Devoir* qu'« [e]n 2014, la Fédération acadienne de Nouvelle-Écosse a tranché qu'un Acadien, c'est quelqu'un qui se dit acadien et qui veut s'intégrer [...]. On n'est plus dans la ligne ancestrale » (voir Jean-Benoît Nadeau, « Les cinq francophonies », *Le Devoir* (9 février 2015) A7).

¹⁰⁶ Par exemple, le 4 juin 2009, le gouvernement ontarien adoptait une nouvelle définition plus inclusive des francophones de cette province, qu'il formulait ainsi : « Sont considérées comme francophones de l'Ontario, les personnes pour lesquelles la langue maternelle est le français, de même que les personnes

somme, il est possible de dire avec justesse que toute personne qui souhaite vivre en français au sein de la société acadienne et y participer puisse être considérée comme Acadienne, même si elle est incapable de faire remonter sa généalogie aux premiers établissements acadiens¹⁰⁷.

Les écoles de langue française de la Nouvelle-Écosse ne sont pas seulement des écoles « francophones », mais aussi des écoles « acadiennes »¹⁰⁸. Elles ont pour objectif de transmettre la langue française et la culture acadienne aux élèves, qu'ils soient des Acadiennes et des Acadiens dits « de souche » ou qu'ils soient issus de familles originaires, notamment, d'ailleurs au Canada, des États-Unis, d'Europe ou d'Afrique¹⁰⁹, sans tenir compte du fait qu'ils viennent de foyers francophones homogènes ou de familles dites exogames. En effet, l'accès à l'école acadienne en Nouvelle-Écosse n'est pas limité aux seules personnes capables de démontrer un lien génétique avec la communauté historique acadienne, mais est garanti, au minimum, à tous les enfants des personnes répondant aux critères de l'une des trois catégories énoncées à l'article 23 de la *Charte*¹¹⁰. En d'autres mots, les parents qui bénéficient du droit constitutionnel

pour lesquelles la langue maternelle n'est ni le français ni l'anglais, mais qui ont une bonne connaissance du français comme langue officielle et qui utilisent le français à la maison ». Ontario, Office des affaires francophones, *Définition plus inclusive des francophones de l'Ontario*, (4 juin 2009) en ligne : Office des affaires francophone <www.ofa.gov.on.ca> ; voir également Commissaire aux services en français, *Rapport annuel 2007-2008. Ouvrir la voie*, en ligne : Commissaire aux services en français <csfontario.ca> à la p 14. Dans Michel Bastarache, Mark C Power, Jean-Pierre Hachey et Mathieu Stanton, « Au-delà des nombres : le droit du public canadien à des services fédéraux dans la langue officielle de son choix » (2011) 35:1 Man LJ 14 aux pp 35-36, les auteurs notaient que

des francophones d'origines ethniques et culturelles variées se côtoient et forment ensemble une nouvelle francophonie canadienne, dynamique et ouverte sur le monde ; la francophonie catholique, elle aussi se caractérise aujourd'hui par la diversité et l'inclusion. À titre d'exemple, ce qui autrefois était l'Association canadienne-française de l'Ontario est devenue maintenant l'Assemblée de la francophonie de l'Ontario avec objectif "de créer un organisme de représentation plus représentatif, plus inclusif et plus fort pour l'ensemble de la francophonie de l'Ontario". La diversité ethnoculturelle est donc maintenant au centre de ce qu'est l'Ontario français. La situation est semblable ailleurs au pays, incluant au Manitoba.

Voir également PL S-205, *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (communications et services destinés au public)*, 2^e sess, 41^e lég, 2013.

¹⁰⁷ Par exemple, dans Léon Thériault, *La question du pouvoir en Acadie : essai*, 2^e éd, Moncton, Éditions d'Acadie, 1982 aux pp 57-58, l'auteur définit les Acadiens du Nouveau-Brunswick comme

tous les citoyens de langue maternelle française qui habitent le Nouveau-Brunswick d'une façon permanente, que ces citoyens aient ou n'aient pas d'ancêtres nés au Nouveau-Brunswick [ainsi que] [...] tous ceux et celles qui, quoique n'étant pas de langue maternelle française, habitent la province du Nouveau-Brunswick, parlent français au foyer et au travail, et en général acceptent qu'il y ait un projet collectif pour la communauté francophone du Nouveau-Brunswick [italiques dans l'original].

¹⁰⁸ *Education Act*, supra note 21, art 11(3) prévoit que : « A public school, or part of a public school, in which a French-first-language program is provided shall be known as an école acadienne. »

¹⁰⁹ Statistique Canada, *Enquête nationale auprès des ménages de 2011*, produit numéro 99-010-X2011042 au catalogue de Statistique Canada, en ligne : Statistique Canada <statcan.gc.ca>.

¹¹⁰ *Abbey c Essex County Board of Education* (1999), 42 RJO (3^e) 481, [1999] OJ No 303 (ONCA) [Abbey] ; *Solski (Tuteur de) c Québec (PG)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 RCS 201 aux para 29-48 [Solski] ; *Nguyen c Québec (Éducation, Loisirs et Sport)*, 2009 CSC 47, [2009] 3 RCS 208 aux para 23-45 ; *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c Yukon (Procureure générale)*, 2015 CSC 25, [2015] 2 RCS 282 aux para 66-74 [CSF Yukon].

d'inscrire leurs enfants dans une école du Conseil scolaire acadien provincial ne sont pas tenus de démontrer que leurs racines généalogiques remontent aux établissements acadiens précédant la Déportation de 1755. Il n'en demeure pas moins que l'éducation de langue française en Nouvelle-Écosse revêt un caractère acadien, peu importe la composition génétique de son corps étudiant. À cet égard, l'article 16 de la *Education Act* oblige le Conseil scolaire acadien provincial à offrir une composante culturelle acadienne et francophone dans sa programmation scolaire :

The Conseil acadien shall

- (a) promote and distribute information about the French-first-language program;
- (b) include in its learning materials information about the Acadian culture; and
- (c) in providing its educational programs, engage in activities that promote Acadian culture and the French language¹¹¹.

Le Conseil scolaire acadien provincial, quant à lui, formule sa mission et sa vision de la façon suivante :

Mission

Le Conseil scolaire acadien provincial offre une éducation en français de première qualité, en tenant compte de son mandat culturel, afin de contribuer au développement global et à la construction de l'identité des élèves dans le contexte acadien et francophone de la Nouvelle-Écosse. [...]

Vision

Le Conseil scolaire acadien provincial travaille avec ses partenaires pour assurer le développement académique et social de chacun de ses élèves, afin de former des citoyennes et citoyens fiers et engagés envers la langue française, leur culture et leur communauté, ayant le sens des responsabilités, compétents dans les deux langues officielles du pays et ouverts sur le monde¹¹².

Ainsi, la vision moderne de l'Acadie cadre bien avec le rôle du Conseil scolaire acadien provincial en vertu de l'article 23 de la *Charte* et de la *Education Act*. La Cour suprême a reconnu que « les écoles de la minorité servent elles-mêmes de centres communautaires qui peuvent favoriser l'épanouissement de la culture de la minorité linguistique et assurer sa préservation » et que « [c]e sont des lieux de rencontre dont les membres de la minorité ont besoin, des locaux où ils peuvent donner expression à leur culture »¹¹³. Les étudiantes

¹¹¹ *Education Act*, supra note 21, art 16.

¹¹² Voir Conseil scolaire acadien, « Informations générales – Vision, mission, spécificité » (2015), en ligne : CSAP <csap.ednet.ns.ca>.

¹¹³ *Mahé*, supra note 9 à la p 363. C'est d'abord et surtout par l'entremise de l'école que les minorités acadiennes et francophones réussissent à transmettre la langue et la culture à la prochaine génération. Les écoles « permettent aux jeunes de vivre en communauté et de contribuer à la vitalité communautaire, ce qui devrait réduire le taux d'assimilation linguistique et culturelle. [Elles] joue[ent] également un rôle de socialisation et [sont] fondamentale[s] à cet égard » (*Commission Scolaire Francophone du Yukon No 23 c Procureure Générale du Territoire du Yukon*, 2011 YKSC 57, [2011] YJ 132 au para 110). Deux éléments

et les étudiants du Conseil scolaire acadien provincial, qu'ils soient Acadiens dits « de souche » ou non, évoluent au sein de la communauté linguistique et culturelle de l'Acadie, dont la langue est le vecteur principal d'identification.

Le libellé de la *Human Rights Act* soutient cette interprétation, car la notion de « race », en tant que motif de distinction interdit par la loi, est distincte des motifs de discrimination fondés sur l'origine « ethnique » ou « nationale ». La discrimination fondée sur la race est interdite par l'alinéa 5(1)(i) de la *Human Rights Act*, tandis que la discrimination fondée sur l'origine ethnique, nationale ou autochtone est interdite par l'alinéa 5(1)(q)¹¹⁴. Cette distinction entre la notion d'origine « ethnique » ou « nationale » d'une part, et de la notion de « race », d'autre part, suggère que le législateur souhaitait que l'origine « ethnique » ou « nationale » signifie quelque chose d'autre qu'un simple lien génétique avec une communauté historique, à savoir la langue française et la culture acadienne. Ceci est également vrai dans d'autres juridictions canadiennes, notamment celles qui représentent le territoire traditionnel de l'Acadie¹¹⁵.

Les principes d'interprétation applicables aux droits de la personne et aux droits linguistiques font en sorte que la protection contre la discrimination fondée sur l'origine « ethnique » ou « nationale » devrait inclure la protection contre la discrimination fondée sur l'origine acadienne sans exiger la démonstration d'un lien génétique avec une communauté acadienne historique.

La langue française et la culture acadienne sont protégées par la *Charte* et sont transmises, en Nouvelle-Écosse, par les écoles du Conseil scolaire acadien provincial. Cependant, l'Acadie, sa langue et sa culture ne pourront jamais s'épanouir, ni même survivre, si la membriété de ses communautés est limitée par des notions désuètes, comme l'appartenance génétique à une communauté historique acadienne. Les propos de la juge Abella dans l'arrêt *Abbey* appuient cette thèse : « [t]he more fluency there is in Canada's official languages, the more opportunity there is for minority language groups to flourish in the community »¹¹⁶.

Les communautés acadiennes sont des communautés plurielles,

sont essentiels pour qu'une éducation mène à la maîtrise parfaite d'une langue : premièrement, il faut commencer à apprendre la langue dès la petite enfance et, deuxièmement, il faut être exposé à cette langue en quantité et en qualité suffisantes. (*Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v British Columbia, Supreme Court of British Columbia*, 2011 BCSC 1219, 341 DLR (4^e) 320 (pièce 5, Rapport d'expert de Johanne Paradis, *The Role of Age and Minority Language Status in Francophone Children's Language Development in Western Canada*)).

¹¹⁴ *Human Rights Act*, supra note 6, art 5.

¹¹⁵ Par exemple, au Nouveau-Brunswick, la *Loi sur les droits de la personne*, LRN-B 2011, c 171 crée une distinction entre la « race », « l'ascendance » et l'« origine nationale ». À l'Île-du-Prince-Édouard, la *Human Rights Act*, IPE, supra note 73, art 1(1)(d) établit une distinction entre la « race » et l'« ethnic or national origin ». À Terre-Neuve-et-Labrador, la *Human Rights Act*, 2010, SNL 2010, c H-13.1 établit une distinction entre la « race », la « nationality », la « ethnic origin » et la « social origin ».

¹¹⁶ *Abbey*, supra note 110 au para 29.

composées de gens de plusieurs origines, qui ont comme principal vecteur identitaire le rattachement à la langue française et l'utilisation de celle-ci. La discrimination fondée sur l'appartenance à la communauté acadienne doit donc être interdite et ne devrait pas exiger d'enquête raciale ou génétique des membres de ces communautés.

L'autre option est une définition d'origine « ethnique » ou « nationale » acadienne qui ferait que plusieurs personnes qui ne sont pas Acadiennes dites « de souche » reçoivent leur éducation primaire et secondaire dans les écoles du Conseil scolaire acadien provincial ou dans d'autres conseils scolaires francophones, s'identifient à la communauté acadienne et soient acceptées par celle-ci, mais ne puissent pas bénéficier de la protection prévu par le régime des droits de la personne¹¹⁷. Un tel résultat ferait violence à l'objet des lois sur les droits de la personne au Canada.

IV. Conclusion

Les questions soulevées par le présent article sont d'une grande importance pour le Canada, officiellement bilingue et multiculturel. Il cherche d'abord à savoir si les lois en matière de droits de la personne peuvent servir, au Canada, de mécanismes complémentaires à la Charte permettant d'atteindre l'égalité de statut entre le français et l'anglais de même qu'entre les communautés acadienne et anglophone. Nous avons argumenté que les membres des communautés acadiennes peuvent se prévaloir des différents régimes de protection des droits de la personne au Canada afin de défendre leur droit de ne pas subir un traitement discriminatoire basé sur leur origine « ethnique » ou « nationale » acadienne. En d'autres termes, l'article démontre que la protection contre le traitement discriminatoire fondé sur l'origine « ethnique » ou « nationale » doit inclure la langue lorsque celle-ci sert, en grande partie, à identifier une communauté. Bien qu'il se concentre sur le cas des Acadiens de la Nouvelle-Écosse, le présent article jette également les bases d'une analyse de la portée des autres régimes de protection des droits de la personne du Canada. Les membres des communautés de langue officielle en situation minoritaire ailleurs au Canada peuvent-ils également revendiquer, devant l'instance chargée d'instruire des plaintes d'enfreintes aux droits de la personne, leur droit de ne pas faire l'objet de traitement discriminatoire en fonction de leur appartenance à une communauté identifiable en grande partie par son usage de la langue française ? Et qu'en est-il des membres de communautés autochtones ? Une prochaine étude pourrait s'inspirer du présent argumentaire et entreprendre une analyse comparative des régimes de protection des droits de la personne du Canada.

¹¹⁷ Voir par analogie *Powley*, *supra* note 69 aux para 29-35.

Une réponse positive à ces questions améliorerait de façon importante et mesurable l'accès à la justice. Par exemple, rares sont les particuliers qui disposent des fonds nécessaires pour entamer des recours judiciaires visant à mettre en œuvre les droits constitutionnels linguistiques en matière d'éducation. De tels litiges s'étalent sur plusieurs années et coûtent des centaines de milliers de dollars, sinon plus. Ces poursuites ne sont pas financées par les régimes d'aide juridique et les autres sources de financement¹¹⁸ sont insuffisantes. Ainsi, l'accès à la justice dépend directement de la possibilité de solliciter l'appui des institutions existantes – qui disposent des ressources nécessaires – et de les mettre à contribution pour assurer le respect des droits de la personne. Voilà pourquoi il est souhaitable, sur le plan des principes, de permettre à des individus de dénoncer les situations de discrimination linguistique à des institutions telles que la Commission des droits de la personne.

Après avoir abordé la structure de financement de l'éducation publique dans la municipalité régionale d'Halifax entre 1996 et 2006 et la contestation de celle-ci, nous avons argumenté que l'incorporation implicite d'un modèle de l'ethnicité obsolète par la Cour supérieure de la Nouvelle-Écosse nuit à la mise en œuvre efficace du régime des droits de la personne et empêche une interprétation de la *Human Rights Act* qui protège la composante linguistique de la société acadienne de cette province.

L'adoption d'un tel modèle de l'ethnicité, qui définit l'identité selon des paramètres génétiques plutôt que linguistiques et culturels, a aussi pour effet de retirer aux petites sociétés comme l'Acadie leur capacité de déterminer elles-mêmes les critères constitutifs de leur identité. Le droit devrait permettre aux membres d'une communauté de définir eux-mêmes les caractéristiques pertinentes qui entrent dans la définition de leur identité plutôt que de subir une définition déterminée de l'extérieur.

Dans Commission scolaire francophone du Yukon, *district scolaire #23 c Yukon (PG)*, la Cour suprême précisait que l'article 23 prévoit les normes minimales auxquelles la loi doit se conformer et que les provinces et territoires peuvent déléguer la fonction de fixer les critères d'admission à l'égard des enfants de non-ayants droit à un conseil scolaire, mais qu'à défaut d'une telle délégation, celui-ci n'est pas habilité à fixer unilatéralement des critères d'admission qui sont différents de ceux prévus par sa province¹¹⁹. Le présent article sert également de mise en garde contre ce type de raisonnement. Selon nous, si elle avait considéré la valeur sociale de l'autodétermination

¹¹⁸ Le Programme d'appui aux droits linguistiques offre un financement limité pour les contestations juridiques en première instance. Ce financement est réservé aux causes types. Voir généralement Programme d'appui aux droits linguistiques, « Faire une demande - Recours judiciaire », en ligne : PADL <<https://padl-lrsp.uottawa.ca/>>.

¹¹⁹ CSF Yukon, *supra* note 110 aux para 70, 74.

identitaire, la Cour suprême aurait plutôt conclu que l'admission de ces élèves est permise par l'application du pouvoir exclusif de gestion et de contrôle garanti par l'article 23 de la *Charte*, en raison notamment de l'incidence directe et importante de l'accès aux écoles de langue française sur la langue et la culture des communautés qu'elles desservent. La Cour suprême ajoutait dans cette affaire qu'il est toujours possible de contester la constitutionnalité des critères d'admission des enfants de parents non-ayants droit imposés par une province ou par un territoire à un conseil scolaire si ces critères n'assurent pas suffisamment le respect de l'article 23 ou s'ils font obstacle à la réalisation de son objet¹²⁰.

Dans le présent article, nous avons également défendu l'idée que les communautés acadiennes sont des communautés plurielles dont la langue française constitue le principal vecteur identitaire. Certains soulignerons que la conséquence de définir l'identité principalement en fonction de la langue est d'embrouiller les frontières identitaires entre les communautés acadiennes et les autres communautés francophones au Canada¹²¹. D'abord, rappelons

¹²⁰ *Ibid* au para 74. Une telle contestation invoquerait certainement les considérations et les arguments suivants : les principes d'interprétation applicables aux droits linguistiques (voir *supra* notes 46-49 et texte accompagnant) ; le fait que la proportion de francophones captés par les trois catégories de titulaires de droits de l'article 23 de la *Charte* diminue sans cesse dans la mesure où l'immigration et l'émigration de personnes d'expression française se sont accrues dans les neuf provinces et trois territoires où l'anglais est majoritaire ; la théorie de l'« arbre vivant » (*Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 RCS 698 au para 22) ; le caractère réparateur de l'article 23 (*Mahé, supra* note 9 à la p 363), le fait qu'il « doit être interprété de manière à faciliter la réintégration, dans la communauté culturelle que l'école de la minorité est censée protéger et contribuer à épanouir, des enfants qui ont été isolés de cette communauté » et qu'il est également censé s'appliquer à des membres de communautés culturelles qui ne sont ni francophones ni anglophones » (*Solski, supra* note 110 au para 33) ; le fait que les écoles jouent également un rôle de centre communautaire et que l'accès à ces centres scolaires communautaires est essentiel à la pérennité des communautés acadiennes ou d'expression française en situation minoritaire (*Mahé, supra* note 9 à la p 363) ; le fait que le libellé de l'article 23 de la *Charte* est flou à certains égards et nécessite lui-même une interprétation de la part des conseils scolaires ; le fait que la question de l'admissibilité d'élèves dans les écoles de langue française concerne la langue, la culture, la préservation et l'épanouissement de communautés d'expression française ; le pouvoir exclusif de gestion et de contrôle accordé par l'article 23 de la *Charte* aux conseils scolaires par rapport aux aspects de l'éducation qui touchent la langue ou la culture (*Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 47 OR (2^e) 1, 10 DLR (4^e) 491 à la p 58 (CA) ; *Mahé, supra* note 9 à la p 370) ou qui sont relatifs « à la préservation et à l'épanouissement de la communauté linguistique minoritaire » (*Arsenault-Cameron, supra* note 19 aux para 44, 47) ; le fait que les conseils scolaires francophones sont mieux placés que la majorité anglophone pour décider si l'admission d'enfants dont aucun parent ne possède de droit automatique aux termes de l'article 23 de la *Charte* sera bénéfique à la communauté acadienne ou francophone (*Mahé, supra* note 9 à la p 372) ; et le fait que la conséquence directe d'une restriction en matière d'admission est de régir l'identité des élèves inscrits dans les écoles de langue française et que sa conséquence secondaire est de définir qui peut devenir (voire même demeurer, dans le cas des immigrants francophones qui ne sont pas citoyens canadiens) membre d'une communauté acadienne ou d'expression française en situation minoritaire. Voir généralement *CSF Yukon, supra* note 110 (Mémoire des intervenantes, la Fédération nationale des conseils scolaires francophones et la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada) ; *Ibid* (Mémoire des intervenants, le Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique et la Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique).

¹²¹ Nous désirons remercier l'évaluateur externe anonyme qui a formulé ce commentaire, qui rappelle, par exemple, la critique de Joseph H Carens, « Liberalism and Culture » (1997) 4:1 *Constellations* 35 à la p 46

que si la langue constitue le vecteur principal de l'identité acadienne, toujours est-il qu'elle n'en soit pas l'unique. Ensuite, même en acceptant que l'adoption d'une définition de l'identité plus inclusive fondée principalement sur la langue ait pour effet d'embrouiller les frontières identitaires, cette conséquence doit être pondérée à la lumière de ses effets bénéfiques, dont l'accroissement de la membriété d'une communauté minoritaire. Surtout, cette détermination, selon nous, doit être faite par les communautés elles-mêmes.

Peut-être convient-il alors de conclure nos propos en soulignant que la plus grave implication concernant l'adoption d'un entendement de l'acadianité fondé sur des paramètres génétiques, plutôt que linguistiques et culturels, est celle de porter atteinte à la liberté politique de l'Acadie comme petite société. En imposant une définition de l'acadianité conçue ainsi, on portait directement atteinte à la capacité de la société acadienne de s'autodéterminer et à l'effort de l'Acadie de se dynamiser en intégrant l'immigration francophone au sein du projet social auquel elle aspire¹²². Il revient à la société acadienne de se doter d'une définition inclusive ou non de l'identité acadienne qu'elle veut mettre de l'avant. Une telle décision ne pourrait être prise par un juge dont le devoir d'administrer la justice lui dicte la retenue judiciaire. Lorsqu'elles doivent se prononcer sur des questions d'identité et de membriété, les cours de justice devraient plutôt adopter une posture qui reconnaît la valeur sociale et morale de permettre aux groupes de définir eux-mêmes les caractéristiques qui sont constitutives de leur identité.

au sujet de la définition de la nation québécoise proposée par Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1995 à la p 87 :

Before the Quiet Revolution, the Québécois generally shared a rural, Catholic, conservative, and patriarchal conception of the good. Today, after a rapid period of liberalization, most people have abandoned this traditional way of life, and Québécois society now exhibits all the diversity that any modern society contains [...]. To be a 'Québécois' today, therefore, simply means being a participant in the francophone society of Quebec.

¹²² Dans *Commission Scolaire Francophone c Territoires du Nord-Ouest (Procureur Général)*, 2012 NWTSC 44, 2012 CSTNO 44 aux para 344-45, la Cour reprenait les propos de Wilfrid Denis, professeur en sociologie, lorsque celui-ci commentait, pour la Cour, la politique d'admission de la Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest :

[Le professeur Denis] s'est dit impressionné par cette politique, à cause du nombre de critères qui doivent être considérés dans la décision d'admettre ou non un enfant de non ayant droit à l'école minoritaire. Il a expliqué que l'inclusion de personnes ayant des ancêtres francophones constitue pour lui une reconnaissance de l'importance de récupérer les générations perdues. L'inclusion des immigrants reconnaît l'augmentation de l'immigration au Canada et son impact démographique. Et la politique reconnaît aussi que certains anglophones puissent vouloir établir un lien authentique avec la communauté francophone et contribuer à sa revitalisation.

Il a expliqué que cette ouverture et cette conception plus large de ce que peut être la communauté francophone peut[en]t contribuer à créer ce qu'il a appelé un "entonnoir vers le haut", où les institutions de la communauté minoritaire deviennent un moyen d'accroître ses nombres. Sans mesures de ce genre, selon lui, c'est souvent plutôt un effet d'"entonnoir vers le bas" qui se produit : l'assimilation, la dénatalité et l'exogamie font que l'effectif cible diminue de plus en plus, et finit par disparaître.