

ISSN 2368-3260



Observatoire
international
des droits
linguistiques

Revue de droit linguistique

Volume 2
(2015)



UNIVERSITÉ DE MONCTON
CAMPUS DE MONCTON

Faculté de droit

droitslinguistiques.ca

Le comité éditorial

Rédacteur en chef

Michel Doucet

Directeur de l'Observatoire international des droits linguistiques, Université de Moncton

Gestion des articles

Philippe Morin

Agent de projet, Observatoire international des droits linguistiques, Université de Moncton

Canada	
Michel Bastarache Avocat, société professionnel Michel Bastarache	Annette Boudreau Université de Moncton
André Braën Université d'Ottawa	Éric Forgues Institut canadien de recherche sur les minorités linguistiques
Pierre Foucher Université d'Ottawa	François Larocque Université d'Ottawa
José Woehrling Université de Montréal	

International	
Nicolas Bonbled Université catholique de Louvain, Belgique	Ahmed Boukous Institut Royal de la Culture Amazighe, Maroc
Rob Dunbar Université d'Edimbourg, Écosse	Koos Malan Université de Pretoria, Afrique du sud
Jean-Pierre Massias Université de Pau et des Pays de l'Adour, France	Peadar Ó Flatharta Université de Dublin, Irlande
Eva Pons Université de Barcelone, Espagne	Iñigo Urrutia Université du Pays basque, Espagne
Colin Williams Université de Cardiff, Pays de Galles	Eneritz Zabaleta Université de Pau et des Pays de l'Adour, France

Énoncé de mission

Le volume complet de la *Revue de droit linguistique* est publié en format numérique une fois par année par l'Observatoire international des droits linguistiques de la Faculté de droit de l'Université de Moncton. Chaque article qu'on y retrouve est cependant publié de façon ponctuelle au cours de l'année.

La *Revue de droit linguistique* contient des articles juridiques évalués par les pairs, qui sont aptes à favoriser l'avancement des connaissances dans le domaine du droit linguistique. L'objectif est de réunir en un seul lieu de publication, les efforts de recherche et d'analyse des juristes intéressés par le droit linguistique, que ce soit au Nouveau-Brunswick, ailleurs au Canada ou dans le monde.

Afin de contribuer à cet avancement des connaissances dans le domaine du droit linguistique, la *Revue de droit linguistique* est publiée gratuitement sur le site Web de l'Observatoire international des droits linguistiques. Que la Revue soit offerte gratuitement aux juristes et aux chercheurs de partout au monde ainsi qu'au grand public était le souhait de l'Observatoire, lequel a notamment pour mandat de développer, appuyer et promouvoir la formation et la recherche en matière de droits linguistiques sur les scènes provinciale, nationale et internationale.

La *Revue de droit linguistique* accepte en tout temps des textes et vous invites donc à nous faire parvenir vos manuscrits à l'adresse info@droitslinguistiques.ca.

Les opinions exprimées dans la *Revue de droit linguistique* n'engagent que la responsabilité des auteures et des auteurs.

Protocole de rédaction

La Revue accepte les articles, les commentaires d'arrêt et les recensions de livre. Tous les textes reçus seront lus par le rédacteur en chef de la Revue et, si les textes sont de qualités universitaires, les articles seront ensuite soumis au processus d'évaluation par les pairs. Si les experts jugent que l'article contribuera à l'avancement des connaissances dans le domaine du droit linguistique, il sera publié. Si les experts jugent que l'article est insuffisant, il sera retourné à l'auteur avec les commentaires justifiant son refus. Ayant été approuvé pour publication, l'article sera ensuite mis en forme et publié.

La *Revue de droit linguistique* publiera majoritairement des textes en français, mais elle acceptera de publier un certain nombre de textes dans une autre langue, pour autant que le ratio n'excède pas 20 % des textes publiés dans un volume. La Revue se réserve le droit de faire des petites corrections grammaticales, ainsi qu'à la forme du texte et au mode de référence. Aucune modification importante ne sera effectuée sans le consentement de l'auteur. Tous les textes doivent nous être envoyés en format Word à l'adresse info@droitslinguistiques.ca.

Droits d'auteur

En acceptant de publier leur texte au sein de la *Revue de droit linguistique*, tous les auteurs accordent implicitement une licence permettant à l'Observatoire international des droits linguistiques de publier le texte. Cette licence a seulement pour but de permettre la reproduction du texte, l'auteur n'y cède par le fait même aucun droit. Veuillez consulter notre clause de non responsabilité à l'adresse suivante : www.droitslinguistiques.ca/revue.

Résumé

Les articles publiés dans une autre langue devraient être accompagnés d'un résumé. Ce résumé doit être, en plus de la langue dans laquelle le texte a été écrit, en français ou en anglais.

Traduction

Les auteurs peuvent également proposer une traduction d'un article pour publication au sein de la *Revue de droit linguistique*.

Notes de bas de page et références

S'agissant des textes en provenance du Canada, les notes de bas de pages et les références devraient être conformes à l'édition la plus récente du *Manuel canadien de la référence juridique*. S'agissant des textes en provenance des autres pays, les références devraient être rédigées dans un style cohérent. Les notes de bas de page sont de mise par opposition aux notes de fin de texte.

S'agissant de la référence de la Revue, elle aura la même forme qu'une revue publiée en format papier : Nom, « titre » (2014) 1 RDL 38. La pagination se construira également comme si les textes se suivaient dans un volume.

Les dispositions législatives

Lorsqu'un auteur reproduit une disposition d'une loi, il devrait, en tout temps, lorsque cette disposition existe dans les deux langues officielles du Canada, reproduire les deux versions dans deux colonnes l'une au côté de l'autre.

LE DROIT LINGUISTIQUE VS LES DROITS LINGUISTIQUES

Il nous paraissait approprié, puisque nous sommes l'Observatoire international des droits linguistiques et que nous avons mis sur pied la *Revue de droit linguistique*, d'y contribuer cette petite note au sujet de la différence entre le sens du singulier et du pluriel dans ces deux appellations.

L'utilisation du singulier et du pluriel dans ce cas-ci fait allusion à la notion de droit objectif et de droit subjectif que l'on retrouve en droit civil. Le droit objectif est « l'ensemble des règles de droit susceptibles de s'appliquer à toutes les personnes dans un pays »¹. Par opposition, le droit subjectif accorde une prérogative juridique à la personne. Par exemple, nous pourrions dire que le droit de la responsabilité civile délictuelle (objectif) comprend le droit à l'intégrité physique (subjectif). Par conséquent, si un individu en frappe un autre, ce dernier peut le poursuivre devant les tribunaux pour atteinte à son intégrité physique, ayant commis le délit d'acte de violence.

Le droit linguistique est donc un nom collectif qui comprend les différents droits linguistiques dont une personne peut se prévaloir. Cela étant dit, les droits linguistiques ne sont qu'une partie de l'ensemble qui compose le droit linguistique. Nous pourrions également y inclure l'aménagement linguistique et la rédaction législative bilingue.

Au Canada, en raison du principe de l'individualité – par opposition au principe de la territorialité –, qui a été préconisé par les législateurs, l'individu a des droits de nature linguistique partout sur le territoire. Au Nouveau-Brunswick, par exemple, un individu peut interagir avec une institution gouvernemental dans l'une des deux langues officielles peu importe où il se trouve sur le territoire. Le principe de l'individualité ayant été retenu, les différents droits linguistiques devaient être « rattachés » à la personne. Il en découle, qu'au Canada, il est majoritairement question des droits linguistiques et non du droit linguistique. Le cours offert par la Faculté de droit de l'Université de Moncton porte effectivement le nom de « Droits linguistiques »². L'Université d'Ottawa ne fait pas exception :

¹ « Définition d'un droit subjectif », en ligne : Maxicours.com
<<http://www.maxicours.com/soutien-scolaire/droit/concours-cat.-c/165985.html>>.

² « DROI3120 - Droits linguistiques », en ligne : Université de Moncton
<http://www.umoncton.ca/repertoire/1er_cycle/droi3120.htm>.

« Les droits linguistiques au Canada »³. Parler de droits linguistiques est l'équivalent de parler des obligations contractuelles, les deux toucheront indéniablement au droit objectif, mais préconise, de par leur appellation, les droits subjectifs.

L'expression « les droits linguistiques » fait davantage partie du vocabulaire des canadiens que ne l'est l'expression « le droit linguistique ». L'Observatoire international des droits linguistiques possédait donc une familiarité qui aurait été perdue s'il avait porté le nom d'Observatoire international de droit linguistique. En outre, étant « international », il s'intéresse à plus d'un droit linguistique, lequel varie d'un territoire à l'autre, et donc l'Observatoire international des droits linguistiques semblaient s'imposer. Finalement, il s'agissait, pour l'Observatoire, d'une façon de préciser la nature de ses activités. Certes, les autres branches du droit linguistique sont d'un grand intérêt pour l'Observatoire, mais, tel que mentionné ci-dessus, au Canada les droits linguistiques sont omniprésents.

Par opposition, la *Revue de droit linguistique* semblait se référer plus naturellement à l'ensemble des droits linguistiques, à l'aménagement linguistique, à la rédaction législative, etc. Nous avons donc opté, dans ce cas-ci, pour la forme singulière de l'expression afin d'englober les divers champs d'études relatifs au droit linguistique.

Contrairement à la logique du singulier et du pluriel, dans ce cas-ci, les droits linguistiques auront tout à gagner et rien à perdre par l'étude du droit linguistique.

Bonne lecture!

Michel Doucet
Rédacteur en chef

³ « Programmes et cours de premier cycle », en ligne : Université d'Ottawa
<<http://www.uottawa.ca/academic/info/regist/annuaires/cours/CML.html>>.

LA LANGUE DES DÉCISIONS JUDICIAIRES AU CANADA *

Karine McLaren**

INTRODUCTION

Si la question du bilinguisme législatif au Canada a fait couler beaucoup d'encre, force est de constater que la question de la traduction des décisions judiciaires semble avoir été reléguée aux oubliettes dans les cercles juridiques. Vu l'importance primordiale que revêt la jurisprudence dans le système juridique du Canada, il est frappant que la question ait attiré si peu d'attention jusqu'ici. Nous tenterons donc, dans le présent article, de mettre la lumière sur la langue des décisions judiciaires au Canada. Dans la première partie, nous passerons en revue l'étendue des obligations constitutionnelles en matière de bilinguisme judiciaire, nous analyserons l'interprétation restrictive qui a été donnée aux dispositions relatives à la langue des jugements et nous chercherons à expliciter le nouveau schéma interprétatif qui donnerait vraisemblablement lieu aujourd'hui à une interprétation plus généreuse. Dans la deuxième partie, nous examinerons les divers régimes législatifs adoptés aux paliers fédéral, territorial et provincial afin de combler le vide laissé par les dispositions constitutionnelles en matière de traduction des jugements. Nous nous pencherons aussi sur certaines difficultés liées à la mise en œuvre de ces régimes au palier fédéral et au Nouveau-Brunswick et nous nous prononcerons sur les insuffisances de ces régimes. Dans la troisième partie, nous examinerons la question de l'égale autorité des jugements qui, contrairement à l'égale autorité des lois, ne semble jamais avoir été réglée de manière conclusive. Nous nous pencherons sur les facteurs qui légitiment la proposition voulant que les décisions judiciaires aient égale autorité et sur les pratiques qui font obstacle à cette proposition dans les faits. Ce faisant, nous proposerons des pistes de solution qu'il serait selon nous souhaitable d'envisager afin de permettre aux communautés linguistiques de langue officielle d'avoir accès, sur un pied d'égalité, à la jurisprudence dans leur langue.

* Ce texte, qui a légèrement été remanié, est également disponible sur le site www.redactionjuridique.chaire.ulaval.ca.

** Étudiante au programme de maîtrise (LL.M.) de la Faculté de droit de l'Université de Moncton.

I - LA PORTÉE DES OBLIGATIONS CONSTITUTIONNELLES EN MATIÈRE DE BILINGUISME JUDICIAIRE

A – La source des obligations constitutionnelles

Les obligations constitutionnelles en matière de bilinguisme judiciaire, tout comme celles ayant trait au bilinguisme législatif, tirent leur source de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹. Là s'arrête cependant la similarité, car comme nous allons le voir et contrairement aux obligations ayant trait au bilinguisme des lois, les dispositions qui concernent l'usage du français et de l'anglais devant les tribunaux ont fait l'objet d'une interprétation particulièrement restrictive. L'article 133, qui s'applique aux tribunaux fédéraux, ainsi qu'à ceux du Québec, est ainsi rédigé :

133. Either the English or the French Language may be used by any Person in the Debates of the Houses of the Parliament of Canada and of the Houses of the Legislature of Quebec; and both those Languages shall be used in the respective Records and Journals of those Houses; and either of those Languages may be used by any Person or in any Pleading or Process in or issuing from any Court of Canada established under this Act, and in or from all or any of the Courts of Quebec.

The Acts of the Parliament of Canada and of the Legislature of Quebec shall be printed and published in both those Languages.
[Nous soulignons]

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

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

¹ *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, art 133, reproduit dans LRC 1985, ann II, no 5 [*Loi constitutionnelle de 1867*].

L'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*², dont le libellé est presque identique à celui de l'article 133, assujettit le Manitoba à des obligations similaires, les deux dispositions faisant d'ailleurs généralement l'objet de la même interprétation judiciaire. L'article 23 est ainsi rédigé :

L'usage de la langue française ou de la langue anglaise sera facultatif dans les débats des Chambres de la législature; mais dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada, qui sont établis sous l'autorité de la Loi constitutionnelle de 1867, et par devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de la province, il pourra être également fait usage, à faculté, de l'une ou l'autre de ces langues. Les actes de la législature seront imprimés et publiés dans ces deux langues.

[Nous soulignons]

Either the English or the French language may be used by any person in the debates of the Houses of the Legislature, and both those languages shall be used in the respective Records and Journals of those Houses; and either of those languages may be used by any person, or in any Pleading or Process, in or issuing from any Court of Canada established under the Constitution Act, 1867, or in or from all or any of the Courts of the Province. The Acts of the Legislature shall be printed and published in both those languages.

Le Nouveau-Brunswick est la seule autre province à être assujettie à des obligations constitutionnelles en matière de bilinguisme judiciaire, par l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*³. Les dispositions pertinentes sont ainsi rédigées :

19. (1) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux établis par le Parlement et dans tous les actes de procédure qui en découlent.

19. (1) Either English or French may be used by any person in, or in any pleading in or process issuing from, any court established by Parliament.

² *Loi de 1870 sur le Manitoba*, 33 Vict, c 3, reproduit dans LRC 1985, ann III, n° 8 [*Loi de 1870 sur le Manitoba*].

³ *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*].

(2) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux du Nouveau-Brunswick et dans tous les actes de procédure qui en découlent.

[Nous soulignons]

(2) Either English or French may be used by any person in, or in any pleading in or process issuing from, any court of New Brunswick.

Il est à noter que le libellé de l'article 19 de la *Charte* est très similaire à celui de l'article 133 quant à l'emploi des deux langues officielles devant les tribunaux. L'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et le paragraphe 19(1) de la *Charte* font donc tous référence à l'usage du français et de l'anglais dans toute pièce ou acte de procédure émanant des tribunaux du Canada ou qui découlent de ces tribunaux. Ces dispositions s'appliquent donc aux décisions judiciaires. Les segments pertinents sont soulignés ci-dessus. Puisqu'il s'agit des seules dispositions constitutionnelles en matière de langue des décisions judiciaires, l'interprétation qu'en font les tribunaux revêt une importance primordiale dans ce domaine. C'est l'interprétation judiciaire de ces dispositions qui fera l'objet des pages qui suivent.

B – L'interprétation des obligations constitutionnelles en matière de bilinguisme judiciaire

Nous avons déjà laissé entendre que les dispositions constitutionnelles en matière de bilinguisme judiciaire ont été interprétées de manière beaucoup plus restrictive que celles qui s'appliquent au bilinguisme législatif. Comme nous allons le voir, il semble que la manière même dont ces dispositions sont rédigées soit à la source de cette dichotomie.

1) La distinction entre droit et obligation

D'abord, dans l'arrêt *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*⁴, la Cour suprême du Canada a interprété l'article 133 comme imposant l'obligation d'employer les deux langues officielles dans le domaine législatif, en l'occurrence dans la rédaction des archives, des procès-verbaux et journaux respectifs des chambres du Parlement du Canada et de la législature de Québec ainsi que dans l'impression et la publication des lois du Parlement du Canada et de la législature de Québec. Dans le domaine judiciaire cependant — à savoir, entre autres, dans toute plaidoirie ou pièce de procédure devant les tribunaux fédéraux et les

⁴ [1975] 2 RCS 182, 7 RNB (2e) 526 [Jones].

tribunaux du Québec, ou émanant d'eux —, l'article 133 n'est pas interprété comme étant porteur d'obligation, mais comme donnant plutôt à toute personne un droit constitutionnel d'utiliser l'une ou l'autre langue officielle. C'est largement sur cette distinction entre droit et obligation qu'allait s'appuyer la Cour suprême du Canada, à tort ou à raison, pour justifier son interprétation restrictive dans ce domaine.

Cette interprétation restrictive a trouvé expression dans l'arrêt *MacDonald c. Ville de Montréal*⁵, qui concernait la constitutionnalité d'une sommation, imprimée et publiée en français seulement, ordonnant à une personne anglophone de comparaître devant les tribunaux du Québec. Ainsi, selon le juge Beetz, s'exprimant au nom de la majorité :

L'article 133 a introduit non pas un programme ou système de bilinguisme officiel global, même en puissance, mais plutôt une forme limitée de bilinguisme obligatoire au niveau législatif, combinée à une forme encore plus limitée d'unilinguisme optionnel, au choix de la personne qui s'exprime dans les débats parlementaires ou dans une instance judiciaire, ainsi que du rédacteur ou de l'auteur de procédures ou de pièces de procédure judiciaires. On peut peut-être dire que ce système limité facilite jusqu'à un certain point la communication et la compréhension, mais dans cette mesure seulement, et il ne garantit pas que l'orateur, le rédacteur ou l'auteur de procédures ou de pièces de procédure sera compris dans la langue de son choix par ceux à qui il s'adresse [nous soulignons]⁶.

C'est notamment sur une analyse textuelle de l'article 133 que s'appuie ce dernier pour étayer sa conclusion. Il importe ici de préciser que la version française de l'article 133 n'a pas valeur officielle, l'article 55 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui prévoit l'adoption d'une version française de la Constitution « dans les meilleurs délais », n'ayant toujours pas été mis en œuvre⁷. C'est donc sur le libellé virtuellement identique de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* que semble s'appuyer le juge Beetz⁸ pour étayer sa conclusion quant à l'interprétation de l'article 133. Selon lui en effet, l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est aussi clair que l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* en ce sens que les

⁵ [1986] 1 RCS 460, 27 DLR (4e) 321 [*MacDonald*].

⁶ *Ibid* au para 103.

⁷ Voir Michel Doucet, « Le bilinguisme législatif » dans Michel Bastarache et Michel Doucet, dir, *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014 à la p 238 [Doucet].

⁸ *MacDonald*, *supra* note 5 aux para 72-73.

termes « facultatif », « à faculté » et « pourra » utilisés dans ces lois (« may » dans les deux versions anglaises) ne peuvent simplement pas s'interpréter comme imposant une obligation. En revanche, les termes antithétiques « obligatoire/devront » et « obligatoire/seront » — utilisés respectivement aux articles 133 et 23 (« shall » dans les deux versions anglaises) à l'égard de la langue des archives, procès-verbaux et journaux et de la publication des lois du Parlement du Canada et des législatures du Québec et de Manitoba — sont clairement porteurs d'obligations. Du point de vue linguistique, l'on ne saurait reprocher au juge Beetz cette conclusion logique⁹. Il est indéniable que les dispositions en question sont exprimées de manière à imposer des obligations expresses en matière de bilinguisme législatif, tandis qu'elles sont plutôt formulées de manière à seulement accorder des droits en matière de bilinguisme judiciaire. La conclusion qu'en tire le juge Beetz au nom de la majorité est cependant beaucoup moins logique et a fait l'objet de nombreuses critiques¹⁰.

Le droit garanti par l'article 133, conclut en effet le juge Beetz, appartient non aux parties à qui l'on s'adresse, mais à ceux qui prennent la parole, c'est-à-dire aux justiciables, aux témoins, aux avocats et même à ceux qui ensemble représentent l'État, en l'occurrence les juges et autres officiers de justice¹¹. De ce fait, tout comme un plaideur a le droit constitutionnel de s'exprimer dans la langue de son choix devant les tribunaux, un juge a le droit constitutionnel de rédiger ses motifs dans la langue de son choix, « même si toutes les parties comparantes devant lui sont incapables de comprendre le jugement qu'il a rendu »¹². Qui plus est, le tribunal n'a aucune obligation d'en fournir une traduction dans la langue du justiciable, car l'article 133 « n'impose aucune obligation correspondante à l'État, ni à personne d'autre »¹³.

2) La nature implicite de l'obligation

C'est cette dernière conclusion qui est ici remise en cause, car il ne s'agit aucunement de la seule interprétation possible du libellé même de ces

⁹ La Cour suprême du Canada avait d'ailleurs fait la même distinction entre droit et obligation dans l'arrêt *Proc. Gén. du Québec c Blaikie et autres*, [1979] 2 RCS 1016, 101 DLR (3e) 394.

¹⁰ Voir entre autres, Michel Doucet, « Pourquoi une langue mérite-t-elle une protection constitutionnelle ou législative? » (2009) 11 RCLF 5; Warren J. Newman, « La progression vers l'égalité des droits linguistiques par voie législative et judiciaire » dans Debra McAllister et Adam Dodek, dir, *The Charter at Twenty: Law and Practice*, 2002, Canada, Association du Barreau de l'Ontario, 461.

¹¹ *MacDonald*, *supra* note 5 au para 61.

¹² Le même raisonnement s'applique d'ailleurs à un billet de contravention ou à une sommation unilingue. Voir *MacDonald*, *ibid* au para 32.

¹³ *Ibid* au para 66.

dispositions. Comme l'explique clairement la juge Wilson dans son jugement dissident, le but visé par l'article 133, que ce soit dans le domaine législatif ou en matière de bilinguisme judiciaire, est de « faciliter la compréhension des citoyens »¹⁴, quelle que soit la langue officielle qu'ils choisissent. Le libellé express de ces dispositions ne saurait donc être utilisé à mauvais escient pour justifier une interprétation littérale qui fait échec à cet objectif, particulièrement lorsqu'une interprétation compatible avec cet objectif est tout à fait possible. En outre, l'on ne saurait faire exception des singularités de la langue, qui sont elles-mêmes sources de contrainte et imposent au rédacteur législatif certains paramètres capables de dicter la manière dont les idées sont exprimées. Ainsi, s'agissant des obligations en matière de bilinguisme législatif imposées à l'article 133, il est évident selon nous que la formulation expresse d'une obligation était la solution de rédaction la plus logique, concise et évidente. Si cette disposition avait été plutôt formulée de manière à accorder au citoyen le droit d'avoir accès aux textes législatifs dans la langue de son choix, par exemple, n'aurait-il pas été absurde de prétendre que l'État n'avait aucune obligation correspondante de rendre ces lois disponibles dans les deux langues officielles? L'obligation aurait bien sûr été implicite.

Dans les procédures devant les tribunaux, nous avons vu que la disposition est cependant formulée de manière à accorder un droit, puisque c'est au justiciable que le législateur a voulu laisser le choix, l'objectif étant toujours de faciliter sa compréhension. Comme nous le dit la juge Wilson, il n'aurait ici absolument pas convenu « d'employer les expressions obligatoire/devront [“both/shall” en anglais] pour conférer des droits, bien que ce soit tout à fait approprié pour imposer des obligations »¹⁵. En outre, il y a tout lieu de penser que la formulation de cette disposition en termes d'obligation n'était tout simplement pas appropriée, l'objectif n'étant évidemment pas de prescrire l'utilisation systématique des deux langues officielles dans toutes les procédures judiciaires, quelle que soit la langue officielle des justiciables. Dès que le choix de langue est exercé cependant, n'est-il pas aussi absurde de prétendre qu'il ne donne lieu à aucune obligation corrélative de la part de l'État? Comme l'a remarqué la juge Wilson, la notion selon laquelle un droit ne peut exister sans obligation correspondante de la part d'un tiers est bien étayée par la théorie juridique :

Pour chaque droit conféré par la loi, il y a trois parties distinctes: une partie titulaire du droit, une partie chargée d'une obligation relative et un gouvernement souverain qui établit la loi en vertu de laquelle le droit est accordé et l'obligation imposée. Un gouvernement souverain ne peut

¹⁴ *Ibid* au para 161.

¹⁵ *Ibid*.

acquérir des droits au moyen des lois qu'il impose lui-même à ses propres sujets. Une personne n'est pas plus en mesure de se conférer elle-même un droit qu'elle est en mesure de s'imposer une loi ou une obligation. Toute partie titulaire d'un droit (divin, légal ou moral) a nécessairement acquis ce droit par la puissance d'autrui : c.-à-d. en vertu d'une loi et d'un devoir (appropriés ou non) imposés par cette autre partie à une tierce partie distincte [nous soulignons]¹⁶.

Il existe certes des théories qui s'opposent à celle qui précède, mais comme l'a remarqué Alyssa Tomkins :

The fact that the rights of individuals would be limited by those of other individuals acting *qua* state officials seems inherently unpalatable. To my knowledge, there is no other example in constitutional jurisprudence where this is the case¹⁷.

Or, selon l'interprétation que fait le juge Beetz de l'article 133, l'État même, par l'intermédiaire des tribunaux judiciaires qui en sont une extension, se conférerait lui-même un droit — en l'occurrence celui qui appartient aux juges de rédiger leurs motifs dans la langue de leur choix —, sans aucune obligation correspondante de la part de l'État même de rendre ces motifs disponibles dans la langue du justiciable. Le fait qu'un juge ait le droit, en tant que personne, de rédiger un jugement dans la langue de son choix n'est pas remis en question, mais il n'en découle aucunement que l'État n'a pas l'obligation d'en fournir une traduction dans la langue officielle du justiciable. Une interprétation si littérale et restrictive « est aux antipodes de l'objet visé »¹⁸ par la garantie constitutionnelle, qui est d'exiger de la cour qu'elle communique avec les justiciables dans la langue qu'ils comprennent. Toute conclusion contraire équivaut à nier ce droit et à le « tourner en dérision »¹⁹. La véritable question n'est donc pas celle de savoir si l'État a une obligation qui correspond au droit que l'article 133 accorde au justiciable, car il en a manifestement une, mais de savoir quelle est la portée de cette obligation et comment l'État doit y satisfaire. Malheureusement, la Cour suprême du Canada n'a pas eu à élucider ces questions, qui demeurent donc actuellement sans réponse.

¹⁶ Traduction tirée du paragraphe 153 de *MacDonald*, *ibid.* La juge Wilson cite R. Campbell, *Austin on Jurisprudence*, 5^e éd, 1885, vol 1.

¹⁷ Alyssa Tomkins, « Does Beaulac reorient judicial bilingualism » (2008) 39 SCLR (2d) à la p 196 [Tomkins].

¹⁸ *MacDonald*, *supra* note note 5 au para 181.

¹⁹ *Ibid* au para 183.

3) La survie de l'interprétation restrictive

Dans deux autres décisions de la Cour suprême du Canada²⁰, l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et le paragraphe 19(2) de la *Charte* ont fait l'objet de la même interprétation restrictive donnée à l'article 133 dans l'arrêt *Macdonald*. C'est de ces trois décisions, appelées ensemble la trilogie de 1986, qu'est née la doctrine du compromis politique, sur laquelle s'est appuyée la Cour pour justifier son interprétation excessivement littérale et restrictive des garanties constitutionnelles ayant trait à la langue devant les tribunaux. En bref, cette doctrine prône la retenue en ce qui concerne l'interprétation des droits linguistiques, car ces droits reposeraient sur un compromis politique, contrairement aux autres garanties qui, elles, sont fondées sur des principes²¹. Cette proposition, qui n'a aucun fondement juridique, s'est attirée maintes critiques²² et le fait que la Cour suprême du Canada ait accordé une interprétation large aux droits linguistiques en dehors de la sphère du bilinguisme judiciaire²³ a prêté foi à ces critiques. C'est dans l'arrêt *R. c. Beaulac*²⁴ que la Cour suprême du Canada sonne enfin le glas de la doctrine du compromis politique. Le fait que les droits linguistiques soient fondés sur un tel compromis, une caractéristique qui ne s'applique d'ailleurs pas qu'aux droits linguistiques, n'a aucune incidence sur leur interprétation, nous enseigne la Cour²⁵. Le principe directeur est celui de « l'égalité réelle des droits linguistiques constitutionnels »²⁶, qui est officialisé par le paragraphe 16(1) de la *Charte*, et justifie l'imposition d'une obligation de la part de l'État de prendre des mesures positives pour mettre en application les garanties linguistiques. Ainsi, nous dit le juge Bastarache :

Les droits linguistiques ne sont pas des droits négatifs, ni des droits passifs; ils ne peuvent être exercés que si les moyens en sont fournis. Cela concorde avec l'idée préconisée en droit international que la liberté

²⁰ Il s'agit des arrêts *Bilodeau c P.G. (Man.)*, [1986] 1 RCS 449, 27 DLR (4e) 39 et *Société des Acadiens c Association of Parents*, [1986] 1 RCS 549, 27 DLR (4e) 406 [*Société des Acadiens*]. Voir aussi *R c Mercure*, [1988] 1 RCS 234, 48 DLR (4e) 1.

²¹ Voir *Société des Acadiens*, *ibid* aux para 63-65.

²² Voir par exemple André Braën, « L'interprétation judiciaire des droits linguistiques au Canada et l'affaire *Beaulac* » (1998) 29 RGD 379 et Michel Doucet, « Les droits linguistiques : une nouvelle trilogie » (2000) 49 RD UN-B 3.

²³ Voir par exemple *Ford c Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 712, 54 DLR (4e) 577 et *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, 161 DLR (4e) 385 [*Renvoi sécession du Québec*].

²⁴ *R c Beaulac*, [1999] 1 RCS 768, 173 DLR (4e) 193 [*Beaulac*], appliqué et confirmé par une Cour suprême unanime, avec des motifs signés par « la Cour », dans l'arrêt *Arsenault-Cameron c Île-du-Prince Édouard*, 2000 CSC 1, [2000] 1 RCS 3 [*Arsenault-Cameron*].

²⁵ *Beaulac*, *ibid* au para 24.

²⁶ *Ibid*.

de choisir est dénuée de sens en l'absence d'un devoir de l'État de prendre des mesures positives pour mettre en application des garanties linguistiques²⁷.

Si ce principe d'égalité réelle, expressément enchâssé dans la Constitution, permet d'écarter l'idée que les droits linguistiques ne donnent lieu à aucune obligation correspondante de la part de l'État, la question se pose alors de savoir ce que signifie ce développement pour les dispositions constitutionnelles traitant de la langue devant les tribunaux. Même si l'arrêt *Beaulac* concernait l'interprétation de l'article 530 du *Code criminel* — et non l'interprétation de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou des dispositions de la *Charte* — les principes interprétatifs qui y sont formulés ont maintes fois été appliqués par les tribunaux en dehors du contexte criminel, y compris pour donner une interprétation généreuse aux dispositions de la *Charte*²⁸, et il ne fait aucun doute que l'arrêt *Beaulac* est aujourd'hui considéré comme un arrêt de principe dans l'interprétation des droits linguistiques.

Toutefois, comme le fait valoir Denise Réaume, l'arrêt *Beaulac* ne suffit pas à lui seul à remettre en question la conclusion selon laquelle l'article 133 n'impose aucune obligation corrélatrice à l'État en matière de bilinguisme judiciaire²⁹. Ainsi nous explique-t-elle, même si l'arrêt *Beaulac* met effectivement fin à la doctrine du compromis politique et donc à l'interprétation restrictive prônée par cette doctrine, cela ne signifie pas que la caractérisation des droits linguistiques comme droits négatifs (qui n'exigent aucune action de la part de l'État) est indéfendable. Une fois de plus, c'est la manière dont sont formulées les dispositions en question qui doit ici retenir notre attention. Force est de constater, en effet, que la plupart des dispositions constitutionnelles ne peuvent être interprétées comme établissant des droits de nature négative, puisqu'elles sont expressément formulées de manière à imposer des obligations. Comme nous l'avons vu, c'est le cas notamment de la partie de l'article 133 qui traite des obligations en matière de bilinguisme législatif. C'est aussi le cas de l'article 23 de la *Charte*, qui traite de la langue dans le domaine de l'éducation. Même s'il est possible d'interpréter ces dispositions de manière plus ou moins restrictive, elles ne peuvent tout simplement pas être caractérisées comme établissant des droits de nature négative. Or, il n'en est pas de même pour les

²⁷ *Ibid* au para 20.

²⁸ Voir les arrêts *Arsenault-Cameron*, *supra* note 24 et *Solski (Tuteur de) c Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 RCS 201, relativement à l'article 23; l'arrêt *Doucet-Boudreau c Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 RCS 3, à propos du paragraphe 24(1); et l'arrêt *Charlebois c Moncton (Ville)*, 2001 NBCA 117, 242 RNB (2^e) 259, à propos du paragraphe 18(2) [*Charlebois*].

²⁹ Denise Réaume, « The Demise of Political Compromise Doctrine: Have Official Language Use Rights been revived? » (2001-2002) 47 McGill LJ 593 à la p 598 [Réaume].

dispositions plus ambiguës, qui peuvent légitimement être caractérisées comme imposant des droits négatifs ou positifs, selon l'interprétation plus ou moins restrictive qu'on leur donne³⁰. C'est le cas de la partie de l'article 133 qui traite de la langue devant les tribunaux.

4) L'aube d'un schéma interprétatif institutionnel

C'est donc ailleurs qu'il faut chercher pour remettre en cause la proposition selon laquelle le droit garantissant l'usage des langues dans le domaine judiciaire est un droit purement négatif. Dans la trilogie, la Cour suprême du Canada avait avancé deux arguments pour justifier cette proposition. Selon son premier argument, le texte même de l'article 133 ne pouvait s'interpréter de manière à imposer une obligation quelconque à l'État. Nous avons déjà disposé de cet argument ci-dessus, lorsque nous avons expliqué que la formulation de l'article 133 n'exclut aucunement l'interprétation selon laquelle il donne lieu à une obligation corrélative qui est en tout point conforme à l'objet même de l'article 133. Selon le deuxième argument de la Cour dans la trilogie, l'article 133 ne pouvait donner lieu à des obligations quelconques, car il en découlerait des conflits inévitables entre les titulaires des droits, ce qui donnerait lieu à des incohérences. Comme l'explique Réaume, cet argument est cependant fallacieux, car il repose d'abord sur l'absence d'une distinction entre l'État et les personnes qui le représentent et ensuite sur la supposition que le droit est exercé contre ces personnes en leur qualité de personne³¹. Or, si l'on accepte que l'État, et non les personnes qui le représentent, est la cible des obligations qui doivent nécessairement découler des droits linguistiques garantis par l'article 133, la possibilité de conflits irréductibles envisagée dans la trilogie disparaît. Rien ne s'oppose alors à ce que l'article 133 soit interprété de manière à imposer des obligations à l'État, telle la mise à la disposition aux justiciables de décisions judiciaires rédigées dans la langue de leur choix³².

En outre, l'affaire *Beaulac* a depuis préparé le terrain à une interprétation plus généreuse des dispositions constitutionnelles en matière de bilinguisme judiciaire. L'article 19 de la *Charte*, dont le libellé est semblable à l'article 133 en matière de bilinguisme judiciaire pourrait ainsi ouvrir la porte à une interprétation plus large

³⁰ Selon Réaume, *ibid* à la p 599, la jurisprudence démontre que c'est seulement lorsqu'une disposition est ambiguë quant à la question de savoir si elle établit un droit positif ou négatif que semble être appliquée l'interprétation plus restrictive; les dispositions qui sont formulées de manière à clairement imposer des obligations positives, elles, sont normalement traitées de manière beaucoup plus généreuse.

³¹ Réaume, *ibid* à la p 603.

³² À ce sujet, voir les pistes de solution proposées par Réaume, *ibid* aux pp 605-07.

que celle qui a été donnée à l'article 133³³. C'est ainsi que la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a d'ailleurs interprété l'article 19³⁴ et c'est aussi l'opinion qu'avait exprimée le juge en chef Dickson, dissident, dans l'arrêt *Société des Acadiens c. Association of Parents*³⁵ :

[À] la différence de l'art. 133, les dispositions en question ne s'arrêtent pas à un énoncé de principes généraux, mais prévoient des modalités précises pour la réalisation de l'égalité de statut des langues. En effet, le par. 16(3) prévoit expressément l'adoption de mesures législatives permettant de favoriser la progression vers l'égalité de statut des deux langues officielles. Sans aucun doute, le fait qu'il doit y avoir égalité de statut de ces deux langues (par. 16(1) et (2)) milite en faveur d'une application généreuse de ces mesures et de la *Charte* elle-même afin que cet objectif puisse être atteint³⁶.

L'arrêt *Beaulac*, donc, milite en faveur d'une interprétation large de l'article 19 qui promeut les droits linguistiques. Selon les principes énoncés dans cet arrêt :

[L]'égalité réelle est la norme applicable en droit canadien. Quand on instaure le bilinguisme institutionnel dans les tribunaux, il s'agit de l'accès égal à des services de qualité égale pour les membres des collectivités des deux langues officielles au Canada³⁷.

Or, il est indéniable que l'interprétation actuelle des droits constitutionnels en matière de bilinguisme judiciaire, tributaire de la trilogie de 1986, est aux antipodes de ce principe d'égalité réelle. De ce fait, dans l'éventualité où la Cour serait saisie de l'occasion appropriée d'examiner l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 19, « tout porte à penser que cette interprétation large de l'article 16 pourrait être invoquée pour donner à l'article 19 une interprétation faisant des droits énoncés à cet article des droits positifs et non négatifs »³⁸.

S'agissant de la langue des actes de procédure émanant des tribunaux, l'effet d'une telle interprétation serait alors de contraindre l'État de prendre les mesures

³³ Voir Vanessa Gruben, « Le bilinguisme judiciaire » dans Michel Bastarache et Michel Doucet, dir, *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014 à la p 339 [Gruben].

³⁴ Dans l'arrêt *Charlebois*, *supra* note 28.

³⁵ *Société des Acadiens*, *supra* note 20.

³⁶ *Beaulac*, *supra* note 24 au para 22.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Gruben, *supra* note 33 à la p 349.

nécessaires pour faire en sorte que ces actes de procédure, y compris les décisions judiciaires, soient mis à la disposition de leurs destinataires dans la langue de leur choix. Les conséquences pratiques d'un tel modèle institutionnel pour les tribunaux fédéraux et pour ceux du Nouveau-Brunswick seraient minimales, en raison de l'existence dans ces ressorts de régimes législatifs s'appliquant à la langue des jugements. Advenant l'application d'un tel modèle institutionnel à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les répercussions seraient par contre de beaucoup plus grande envergure au Manitoba ou au Québec, où les régimes législatifs relatifs à la traduction des jugements sont beaucoup moins généreux. Ce sont ces régimes législatifs qui retiendront notre attention dans la prochaine partie.

Avant d'y passer, n'oublions pas cependant que l'existence d'un régime législatif, aussi généreux soit-il, est beaucoup plus précaire qu'un régime protégé par la Constitution. C'est pour cette raison que la question examinée ci-dessus revêt de l'importance. Selon certains, l'existence même de ces régimes linguistiques découragerait cependant le réexamen de la trilogie de 1986. Ainsi, comme le dit Réaume :

The existence of these schemes also reduces the incentive on litigants to press for a full-scale reconsideration of the trilogy. As long as there are statutory schemes providing for choice of official language in the courts, the practical consequences of the trilogy are muted. There might seem to be, then, less urgency to revisit the constitutional question. There is still reason, however, to hope that an opportunity may present itself for a reconsideration of section 133 and section 19³⁹.

Qui plus est, en l'absence d'une norme constitutionnelle, les membres du public doivent se contenter du régime qui est en place à un moment et à un lieu donnés, mais comme nous allons le voir, la protection législative accordée au bilinguisme des jugements souffre d'un manque d'uniformité au plan national.

II - LES RÉGIMES LÉGISLATIFS EN MATIÈRE DE TRADUCTION DES JUGEMENTS

Nous avons vu que selon le courant jurisprudentiel actuel, il n'existe aucune obligation de nature constitutionnelle en matière de traduction des décisions judiciaires. Afin de combler ces lacunes, plusieurs provinces et territoires ont

³⁹ Réaume, *supra* note 29 à la p 607.

toutefois établi des régimes législatifs en la matière. Ce sont ces régimes législatifs que nous passerons en revue dans la présente partie.

A – Le partage des compétences

La Cour suprême du Canada a confirmé, dans l'arrêt *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*⁴⁰, que les législatures fédérales et provinciales ont une compétence concurrente pour réglementer l'emploi des langues officielles au sein du système judiciaire. Dans la mesure où il n'existe pas de « législation fédérale qui traite valablement de la langue des procédures ou autres matières portées devant les tribunaux provinciaux et relevant de l'autorité législative exclusive du parlement fédéral »⁴¹, il est donc permis aux législatures des provinces et territoires de légiférer à l'égard de l'usage des langues officielles devant leurs tribunaux. Cette concurrence législative a contribué à accroître les disparités entre les régimes linguistiques provinciaux et territoriaux dans le domaine du bilinguisme judiciaire, puisque le degré de protection varie en fonction du poids politique dont jouit la minorité linguistique dans chaque législature.

C'est bien sûr au gouvernement fédéral qu'il appartient de réglementer l'usage des langues employées devant les tribunaux fédéraux. En outre, la tâche lui revient aussi de réglementer l'usage des langues dans le domaine pénal sur l'ensemble de la fédération canadienne. En matière pénale, les provinces et territoires sont donc tenus de respecter les dispositions linguistiques fédérales lorsque le Parlement leur délègue le pouvoir d'administrer des poursuites pour infraction aux lois ou règlements fédéraux, puisque « [l']application d'une loi fédérale d'application générale sur l'ensemble du territoire canadien telle que la *Loi sur les langues officielles* ne peut être appliquée de façon discriminatoire en fonction de la personne qui est chargée »⁴² de son application.

En matière civile, ce sont les législatures provinciales et territoriales qui ont compétence pour réglementer l'emploi des langues⁴³.

B – Le régime législatif fédéral

La partie XVII du *Code criminel*⁴⁴ et la *Loi sur les langues officielles*⁴⁵ constituent ensemble le régime législatif fédéral qui complète les dispositions linguistiques

⁴⁰ *Jones, supra* note 4.

⁴¹ *Ibid* à la p 197.

⁴² *Canada (Commissaire aux langues officielles) c Canada (ministère de la Justice)*, 2001 CFPI 239, [2001] ACF no 431 (QL) au para 141.

⁴³ Paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867, supra* note 1.

constitutionnelles dans le domaine judiciaire. Ce sont surtout les dispositions de la *Loi sur les langues officielles*, qui traitent de la langue des jugements, qui retiendront ici notre attention.

1) Le Code criminel

Comme nous l'avons dit, c'est le gouvernement fédéral qui jouit de la compétence pour légiférer en matière de langue dans le domaine pénal, peu importe que les instances criminelles soient menées devant les tribunaux provinciaux. Le régime linguistique, qui s'applique partout au Canada en matière pénale, est consigné à la partie XVII du *Code criminel*. En vertu de l'alinéa 530.1h) du *Code criminel*, le tribunal doit assurer la disponibilité, dans la langue officielle qui est celle de l'accusé, du jugement — exposé des motifs compris — rendu par écrit dans l'une ou l'autre langue officielle. En matière pénale, cette disposition remplit donc le vide laissé par l'interprétation restrictive de l'article 133 dans la trilogie de 1986, dont nous avons discuté ci-dessus.

Outre les infractions prévues au *Code criminel*, il existe aussi une pléthore d'infractions qui relèvent des gouvernements provinciaux et qui sont susceptibles de donner lieu à une amende ou à une autre sanction. En raison de la nature disciplinaire de ces sanctions, plusieurs provinces et territoires ont repris les dispositions du *Code criminel* en matière linguistique dans leurs lois relatives à ces infractions, mais tous n'ont pas procédé ainsi et il existe donc là aussi une certaine asymétrie entre les provinces et territoires canadiens⁴⁶.

2) La loi sur les langues officielles : la langue des jugements

La *Loi sur les langues officielles* s'applique à toute procédure civile ou criminelle engagée devant les tribunaux fédéraux. D'une manière générale, elle « exige des tribunaux la capacité institutionnelle d'exercer leurs activités dans les deux langues officielles »⁴⁷. À cette fin, elle impose des exigences pratiques et des obligations positives aux institutions fédérales et joue un « rôle primordial en matière de bilinguisme »⁴⁸, les tribunaux lui ayant d'ailleurs reconnu un statut quasi-constitutionnel :

⁴⁴ *Code criminel*, LRC 1985, c C-46.

⁴⁵ *Loi sur les langues officielles*, LRC 1985, c 31 (4^e suppl) [LLO].

⁴⁶ Voir Gruben, *supra* note 33 à la p 369, où est fournie une liste des dispositions provinciales et territoriales qui incorporent la partie XVII du *Code criminel* et une liste des dispositions qui ne l'incorporent pas.

⁴⁷ Gruben, *supra* note 33 à la p 351.

⁴⁸ *Lavigne c Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 RCS 773 au para 23.

La *Loi sur les langues officielles* de 1988 n'est pas une loi ordinaire. Elle reflète à la fois la Constitution du pays et le compromis social et politique dont il est issu. Dans la mesure où elle est l'expression exacte de la reconnaissance des langues officielles inscrite aux paragraphes 16(1) et 16(3) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, elle obéira aux règles d'interprétation de cette *Charte* telles qu'elles ont été définies par la Cour suprême du Canada. Dans la mesure, par ailleurs, où elle constitue un prolongement des droits et garanties reconnus dans la *Charte*, et de par son préambule, de par son objet défini en son article 2, de par sa primauté sur les autres lois établies en son paragraphe 82(1), elle fait partie de cette catégorie privilégiée de lois dites quasi-constitutionnelles qui expriment « certains objectifs fondamentaux de notre société » et qui doivent être interprétées « de manière à promouvoir les considérations de politique générale qui (les) sous-tendent »⁴⁹.

Notons finalement qu'elle fait l'objet d'une interprétation large et libérale fondée sur son objet⁵⁰.

La *Loi sur les langues officielles* régit trois secteurs du système judiciaire, à savoir (i) le déroulement des instances; (ii) la langue dans laquelle sont rédigées les décisions judiciaires et (iii) les communications avec le public et la prestation de services. C'est la langue des décisions judiciaires, dont traite l'article 20, qui nous intéresse ici. L'article 20 est reproduit à l'annexe A ci-dessous.

L'article 20 s'applique « à tout organisme créé sous le régime d'une loi fédérale pour rendre la justice »⁵¹, à savoir la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel fédérale, la Cour fédérale, la Cour canadienne de l'impôt, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié⁵² et la Commission d'appel sur les pensions⁵³. Il s'applique aussi aux tribunaux judiciaires et quasi-judiciaires fédéraux, dont ceux qui sont énumérés à l'annexe B ci-dessous. Les tribunaux fédéraux ayant eux-mêmes conclu que certains décideurs administratifs ne sont pas des « tribunaux

⁴⁹ *Canada (Procureur général) c Viola*, [1991] 1 CF 373 à la p 386, [1990] ACF no 1052 (QL).

⁵⁰ Voir Gruben, *supra* note 33 à la p 354.

⁵¹ *LLO*, *supra* note 45, art 3(2).

⁵² Voir *Devinat c Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, [2000] 2 CF 212, 181 DLR (4e) 441 [*Devinat*].

⁵³ Voir *Beaudoin c Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1993] 3 CF 518, 1993 CanLII 2961.

fédéraux » dans le sens de la *Loi sur les langues officielles*, il semble cependant planer un doute quant aux tribunaux auxquels elle s'applique⁵⁴.

Selon le paragraphe 20(1), les décisions définitives – exposé des motifs compris –, doivent être *simultanément* mises à la disposition du public dans les deux langues officielles dans deux cas : (i) si le point de droit en litige présente de l'intérêt ou de l'importance pour le public; (ii) lorsque les débats se sont déroulés, en tout ou en partie, dans les deux langues officielles, ou que les actes de procédure ont été, en tout ou en partie, rédigés dans les deux langues officielles. Le dernier cas vise la situation où les parties elles-mêmes ne se sont pas exprimées dans la même langue officielle durant les procédures. Par conséquent, la présence de témoins qui déposent dans une langue officielle autre que celle qui est utilisée dans les « débats » et pour laquelle les parties ont opté ne signifie pas que l'audience s'est déroulée en partie dans les deux langues officielles⁵⁵.

Selon le paragraphe 20(2), toute décision qui ne remplit pas les critères du paragraphe 20(1) est d'abord rendue dans une langue officielle, puis, dans les meilleurs délais, dans l'autre langue officielle. Le paragraphe 20(2) prévoit aussi une exception à la mise à disposition simultanée des décisions qui satisfont aux critères du paragraphe 20(1). Ainsi, si le tribunal estime que l'établissement d'une version bilingue entraînerait un retard qui serait préjudiciable à l'intérêt public ou qui causerait une injustice ou un inconvénient grave à une des parties au litige, la décision — exposé des motifs compris — est rendue d'abord dans l'une des langues officielles, puis dans les meilleurs délais dans l'autre langue officielle.

En bref, la *Loi sur les langues officielles* prévoit donc que *toutes* les décisions définitives — exposé des motifs compris — des tribunaux fédéraux doivent être mises à la disposition du public dans les deux langues officielles, soit simultanément, soit dans les meilleurs délais. Comme nous le verrons plus loin, ces obligations ne sont toutefois pas toujours respectées en pratique.

Selon le paragraphe 20(4), les décisions de justice rendues dans une seule des langues officielles ne sont pas invalides pour autant. Vu que les textes législatifs qui ne respectent pas les exigences constitutionnelles en matière de langue, eux, sont généralement frappés d'invalidité, cette indulgence à l'égard des jugements illustre

⁵⁴ Gruben, *supra* note 33 aux pp 356-57.

⁵⁵ Voir Commissariat aux langues officielles, *L'utilisation équitable du français et de l'anglais devant les tribunaux fédéraux et devant les tribunaux administratifs fédéraux qui exercent des fonctions quasi judiciaires*, mai 1999, en ligne : <http://www.ocolclo.gc.ca/html/stu_etu_051999_f.php> à la p 23 [Rapport de 1999].

la disparité qui existe entre la protection accordée au bilinguisme législatif et celle qui touche au bilinguisme judiciaire.

C – Les régimes législatifs provinciaux et territoriaux

Comme nous l'avons dit, il existe entre les provinces et territoires une grande disparité quant à la manière dont les droits linguistiques en matière de traduction des jugements sont garantis devant les tribunaux. Nous tenterons de mettre en lumière ces disparités dans l'examen des divers régimes législatifs qui fait l'objet des pages qui suivent.

1) Le Nouveau-Brunswick

L'égalité de statut du français et de l'anglais, ainsi que celle des deux communautés linguistiques, est enchâssée dans la *Charte* aux paragraphes 16(2) et 16.1(1). Vu que le Nouveau-Brunswick est la seule province qui dispose de ces garanties constitutionnelles, « de tous les tribunaux provinciaux, ce sont ceux du Nouveau-Brunswick où le français et l'anglais sont le mieux protégés »⁵⁶. Cela dit, comme nous allons le voir, l'efficacité des dispositions législatives traitant de la langue des jugements est minée par certaines ambiguïtés liées à la manière dont elles sont rédigées⁵⁷, ambiguïtés qui ont fait obstacle à leur mise en œuvre.

Au Nouveau-Brunswick, les dispositions législatives en matière de traduction des jugements sont contenues dans la *Loi sur les langues officielles*⁵⁸, dont le préambule garantit le statut égal des deux langues officielles. Il s'agit des articles 24, 25 et 26, qui sont reproduits à l'annexe C ci-dessous. Ces dispositions s'appliquent aux tribunaux du Nouveau-Brunswick, définis à l'article 1 comme les cours et les tribunaux administratifs de la province.

Il existe d'importantes différences entre ces dispositions et celles de la *Loi sur les langues officielles* fédérale. Premièrement, contrairement à la situation au palier fédéral, l'obligation de rendre disponible les décisions définitives dans les deux langues officielles ne s'applique pas à *toutes* les décisions définitives judiciaires, mais seulement à celles qui remplissent les critères énoncés au paragraphe 24(1) : a)

⁵⁶ Gruben, *supra* note 33 à la p 396.

⁵⁷ Voir Gérard Snow, « La publication des décisions de justice au Nouveau-Brunswick et au Canada » dans Nicholas Kasirer et Lynne Castonguay, dir, *Étudier et enseigner le droit : hier, aujourd'hui et demain - Études offertes à Jacques Vanderlinden*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006 [Snow], qui contient une explication détaillée des problèmes associés à ces dispositions législatives.

⁵⁸ *Loi sur les langues officielles*, LN-B 2002, c O-0.5.

le point de droit en litige présente de l'intérêt ou de l'importance pour le public ou b) l'instance s'est déroulée, en tout ou partie, dans les deux langues officielles. Il s'agit là d'une différence importante, puisque les décisions qui ne satisfont pas à ces critères n'ont pas à être traduites du tout. Le critère de l'importance ou de l'intérêt pour le public revêt donc une importance fondamentale au Nouveau-Brunswick, puisqu'il détermine la question de savoir si une décision judiciaire est traduite ou non. Comme nous l'avons vu, ce même critère, au pallier fédéral, ne détermine que la question de la simultanéité, et non celle de la publication. Pourtant, force est de constater qu'insuffisamment d'importance semble avoir été accordée à la définition objective de ce critère en pratique. Nous reviendrons sur cette question plus loin.

Deuxièmement, il n'est fait aucune mention de simultanéité au paragraphe 24(1). En pratique, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a interprété cette disposition comme imposant une obligation de simultanéité et rend toutes ses décisions définitives simultanément dans les deux langues officielles, à l'exception de ses décisions orales et de celles qui, pour cause d'urgence, sont publiées d'abord dans une langue, puis dans l'autre, comme le permet le paragraphe 24(2). Jusqu'à très récemment, la Cour d'appel était cependant la seule à avoir adopté cette pratique, son seul fondement interprétatif étant le commentaire suivant du juge en chef Drapeau, formulé en *obiter* lors d'un jugement rendu de vive voix :

Aux termes de l'art. 25 de la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5, les décisions définitives de la Cour d'appel doivent être publiées dans les deux langues officielles. Il y a publication au sens de cette disposition lorsque la décision est déposée au bureau du registraire de la Cour. L'article 25 n'a toutefois pas pour effet d'interdire le prononcé, dans une seule langue officielle, d'une décision ou de l'exposé des motifs. Nous prononçons dès aujourd'hui une décision circonstanciée dans cette affaire afin d'encourager l'emploi de moyens susceptibles de mener de façon expéditive à une solution du litige sur le fond. La décision et l'exposé des motifs que nous communiquons, séance tenante, seront publiés dès que leur traduction dans la langue anglaise sera disponible.⁵⁹

Comme nous le verrons plus loin, l'ambiguïté des dispositions sur la question de la simultanéité, combinée avec l'absence de jurisprudence déterminante en la matière, s'est avérée être un défaut fondamental dans le régime législatif néo-brunswickois, défaut qui a compromis la mise en œuvre de ce régime. Même si ces dispositions manquent de clarté, il est pourtant implicite que le libellé même du paragraphe 24(2)

⁵⁹ *Town of Caraquet et al c Ministre de la santé et du Mieux-être*, 2005 NBCA 34, 282 RNB (2e) 112 au para 1.

exige la conclusion voulant que les décisions qui remplissent les critères du paragraphe 24(1) soient publiées dans les deux langues officielles simultanément. Le libellé du paragraphe 24(2) semble toutefois vouloir dire que le régime de publication en deux temps prévu au paragraphe 24(2) s'applique à *toutes* les décisions visées par le paragraphe 24(1). Or, si cela est l'intention, à quoi donc peut bien servir l'exception prévue au paragraphe (2), qui permet la publication de ces mêmes décisions en deux temps, mais seulement lorsque la publication d'une version bilingue entraînerait un retard préjudiciable ou un inconvénient grave? Comme l'explique Gérard Snow, cette ambiguïté n'existe d'ailleurs pas dans la version anglaise du paragraphe 24(2) et il est donc « permis de conclure que la version française est défectueuse sur ce plan », le législateur ayant sûrement voulu dire : « Lorsque, dans les cas visés par le paragraphe (1), la publication d'une version bilingue entraînerait un retard [...] »⁶⁰.

La logique irréfutable de cet argument n'a cependant pas empêché le ministère de la Justice du Nouveau-Brunswick d'avancer l'argument contraire, à l'occasion d'une plainte déposée auprès du Commissaire aux langues officielles du Nouveau-Brunswick⁶¹. Selon cet argument, il suffirait de publier en une langue les décisions définitives qui répondent aux critères de publication dans les deux langues officielles énoncés au paragraphe 24(1), la traduction pouvant suivre plus tard, sans pour autant qu'il y ait de circonstances exceptionnelles justifiant ce délai. Le fait que la Cour d'appel ait choisi de faire autrement ne portait pas à conséquence. Dans son Rapport au terme de la plainte en question, le Commissaire aux langues officielles a cependant rejeté cette interprétation restrictive des paragraphes 24(1) et (2) et s'est rendu à l'évidence que la seule interprétation qui assure la cohérence entre les paragraphes 24(1) et 24(2) est celle qui exige la publication simultanée des décisions judiciaires dans les deux langues officielles⁶². Vu que le ministère de la Justice, à notre connaissance, n'a jamais répondu à l'invitation que lui a en outre lancée le Commissaire aux langues officielles de renvoyer cette question à la Cour d'appel⁶³, il semble actuellement raisonnable de conclure que la question est désormais réglée en faveur de la simultanéité de la publication, sauf lorsque l'exception prévue au

⁶⁰ Snow, *supra* note 57 à la p 369.

⁶¹ Voir Commissaire aux langues officielles du Nouveau-Brunswick, *Rapport au terme d'une enquête*, Dossier n° 2003-0103, Langue de publication des jugements – simultanéité – allégations de contravention à la *Loi sur les langues officielles* du Nouveau-Brunswick (Juin 2006), en ligne : Association des juristes d'expression française du Nouveau-Brunswick <<http://test.ajefnb.nb.ca/wp-content/uploads/2013/04/RapportCommissaireLanguesOfficiellesJuin2006.pdf>> [*Rapport au terme d'une enquête*].

⁶² *Ibid* à la p 37. Selon le Commissaire aux langues officielles, c'est aussi la seule interprétation qui permet la concordance entre les dispositions relatives à la publication des décisions et l'intention du législateur.

⁶³ *Ibid* à la p 39.

paragraphe 24(2) s'applique. Comme nous l'avons dit, cette interprétation est la seule qui soit conforme à la logique de la disposition.

Troisièmement, la formulation de l'exception prévue au paragraphe 24(2) de la version anglaise (« but *it is determined* that to do so would result in a delay » [nos italiques]) laisse planer un doute quant à l'identité de la personne ou de l'organisme à qui revient cette détermination, peu importe que la version française de la même disposition semble à première vue contourner le problème⁶⁴. Le pendant fédéral de cette disposition, lui, précise clairement que cette décision revient au tribunal, mais on ne saurait présumer qu'il en est de même au Nouveau-Brunswick.

Quatrièmement, tandis que la version anglaise du paragraphe 24(2) indique que *tout* retard permettrait d'invoquer le régime d'exception, la version française, elle, précise qu'il s'agit d'un retard qui *serait préjudiciable à l'intérêt public*, comme le fait d'ailleurs son pendant fédéral. Il semble logique de supposer que c'est ici la version anglaise qui est fautive, car, sinon, le régime d'exception pourrait être invoqué à tout coup, « vu que l'établissement d'un texte en deux langues prend nécessairement plus de temps que sa rédaction en une seule langue »⁶⁵.

Finalement, l'article 26, qui tente vraisemblablement d'affirmer qu'une décision écrite ne saurait être invalidée simplement parce qu'elle n'a pas été publiée dans les deux langues officielles — comme le fait son pendant fédéral —, est malencontreusement formulé de manière à entraîner, par implication, l'invalidité de toute décision écrite qui ne respecte pas les exigences de l'article 24⁶⁶.

Les ambiguïtés et divergences que nous avons mentionnées ci-dessus minent le régime législatif néo-brunswickois en matière de traduction des jugements, car elles ouvrent nécessairement la porte à des interprétations divergentes selon les motivations des parties. Nous reviendrons plus loin sur cette question.

2) Le Québec

En matière de traduction des jugements des tribunaux du Québec, la seule disposition législative est celle qui est contenue à l'article 9 de la *Charte de la*

⁶⁴ Snow, *supra* note 57 à la p 370.

⁶⁵ Snow, *ibid.*

⁶⁶ Comme l'explique Snow, *ibid* à la p 371, la disposition fédérale correspondante, elle, évite ce piège, car elle sépare la clause relative aux décisions orales de celle qui s'applique aux décisions écrites.

*langue française*⁶⁷, qui fait du français la seule langue officielle de la province. L'article 9 est ainsi rédigé :

Tout jugement rendu par un tribunal judiciaire et toute décision rendue par un organisme exerçant des fonctions quasi-judiciaires sont traduits en français ou en anglais, selon le cas, à la demande d'une partie, par l'Administration tenue d'assumer les coûts nécessaires au fonctionnement de ce tribunal ou de cet organisme.

Every judgment rendered by a court of justice and every decision rendered by a body discharging quasi-judicial functions shall, at the request of one of the parties, be translated into French or English, as the case may be, by the civil administration bound to bear the cost of operating such court or body.

Au Québec, la norme est donc la publication des décisions judiciaires en français seulement, l'obligation de les traduire ne prenant naissance que lorsqu'une partie en fait la demande. En outre, cette obligation ne s'applique qu'aux décisions rendues par un tribunal judiciaire ou organisme exerçant des fonctions quasi-judiciaires.

Vu que l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* oblige le Québec à publier ses lois dans les deux langues officielles, la faible portée des obligations relatives à la langue des décisions judiciaires illustre le gouffre profond qui sépare la protection accordée au bilinguisme législatif et celle dont le bilinguisme judiciaire fait l'objet. Mis à part le fait qu'une telle politique de traduction sur demande ne peut que gêner « le développement harmonieux de la jurisprudence »⁶⁸, elle prive la communauté linguistique anglophone de l'accès à cette jurisprudence. Cette question a d'ailleurs récemment fait la manchette, lorsqu'il a été révélé que les décisions judiciaires du Québec sont rarement traduites⁶⁹. Puisque la réglementation du bilinguisme judiciaire est principalement un domaine de compétence provinciale, les régimes ne font cependant que refléter la valeur qu'accordent les diverses législatures au bilinguisme en général. C'est ainsi que le régime législatif du Québec en matière de traduction des jugements, fruit d'une longue évolution historique, favorise actuellement « une reconnaissance législative de la prééminence de la langue française sur la langue anglaise »⁷⁰.

⁶⁷ RLRQ c C-11.

⁶⁸ Gruben, *supra* note 33 à la p 408.

⁶⁹ Julius Melnitzer, « Court decisions may be lost in translation », *Financial Post*, 17 juillet 2012 [Melnitzer].

⁷⁰ Voir Benoît Pelletier, « La dynamique linguistique au Québec : les relations entre la majorité francophone et la minorité anglophone » dans *Les droits linguistiques au Canada : collisions or collisions?* Actes du premier colloque tenu à l'Université d'Ottawa du 4 au 6 novembre 1993, Université d'Ottawa, Ottawa, 1995, 121 à la p 146.

3) Les territoires

La situation des territoires en leur qualité de « créatures du législateur fédéral »⁷¹ est particulière car elle soulève plusieurs questions : En premier lieu, les territoires sont-ils assujettis aux dispositions constitutionnelles en matière de bilinguisme judiciaire contenues à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et à l'article 19 de la *Charte*? En deuxième lieu, la *Loi sur les langues officielles* fédérale s'applique-t-elle aux territoires? En dernier lieu, les territoires ont-ils la compétence législative nécessaire pour instaurer des lois qui régissent les droits linguistiques dans le domaine judiciaire et, plus particulièrement en matière de traduction des décisions judiciaires?

Si, comme il a été soutenu, les tribunaux des territoires doivent être considérés non comme des tribunaux provinciaux, mais comme des tribunaux fédéraux⁷², ceci signifie qu'ils sont assujettis aux exigences constitutionnelles de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l'article 19 de la *Charte* ainsi qu'aux dispositions de la *Loi sur les langues officielles* fédérale. En fait, la question ne semble pas s'être posée jusqu'ici et les territoires ont par conséquent adopté leur propre régime législatif en matière de traduction des jugements. Comme nous allons le voir, ces régimes législatifs ont toutefois une portée plus restreinte que la *Loi sur les langues officielles* fédérale dans ce domaine.

a) Les Territoires du Nord-Ouest

Les dispositions législatives relatives à la langue des décisions judiciaires des tribunaux des Territoires du Nord-Ouest sont énoncées dans la *Loi sur les langues officielles*⁷³, qui fait du français, de l'anglais et de plusieurs langues autochtones les langues officielles. Les dispositions relatives à la langue des décisions judiciaires sont énoncées aux paragraphes 10(1) à 10(5), qui sont reproduits à l'annexe D ci-dessous.

Malgré leur statut de langues officielles, les langues autochtones ne jouissent cependant pas du même statut que le français et l'anglais. Ainsi, le paragraphe 10(1) impose l'obligation de rendre disponibles les décisions définitives en français et en anglais seulement. S'agissant des langues autochtones, le paragraphe 10(4) permet seulement d'obtenir un enregistrement sur bande magnétique des décisions judiciaires lorsque certaines conditions sont réunies.

⁷¹ Gruben, *supra* note 33 à la p 422.

⁷² *Ibid* à la p 424.

⁷³ LRTN-O 1988, c O-1.

À l'instar de la situation au Nouveau-Brunswick l'obligation de rendre les décisions en français et en anglais s'applique seulement 1) si le point de droit en litige présente de l'intérêt ou de l'importance pour le public ou 2) si les débats se sont déroulés, en tout ou partie, dans ces deux langues. Les décisions qui ne satisfont pas à ces critères n'ont donc pas à être traduites, ce qui signifie donc que l'obligation est beaucoup plus restreinte que celle qui s'applique aux tribunaux fédéraux. En outre, seules les décisions d'un organisme judiciaire ou quasi-judiciaire établi par une loi ou en conformité avec une loi sont visées, ce qui implique que celles de certains organismes administratifs ne le sont pas.

Encore à l'instar des dispositions néo-brunswickoises, le paragraphe 10(1) n'est pas formulé de manière à exiger la mise à la disposition *simultanée* des deux versions linguistiques des décisions judiciaires. Toutefois, l'utilisation du terme « rendues » au paragraphe 10(1) indique implicitement que la simultanéité est de rigueur. Par ailleurs, tout comme nous l'avons expliqué à l'égard de son pendant néo-brunswickois, l'exception prévue au paragraphe 10(2), qui permet que ces décisions soient rendues en deux temps lorsque la publication d'une version bilingue entraînerait un retard préjudiciable ou un inconvénient grave, n'a pas lieu d'être à moins qu'elle ne qualifie une obligation de publication simultanée.

La décision quant à l'application de l'exception prévue au paragraphe 10(2), qui permet la publication des décisions en deux temps, revient à un « organisme ». Vu que ce terme n'est pas défini dans la Loi, il introduit dans cette disposition le même manque de clarté qui afflige son homologue néo-brunswickois. S'agit-il des organismes judiciaires ou quasi-judiciaires dont il est question ailleurs dans ces dispositions ou d'autres organismes?

Le paragraphe 10(3) fait écho à la *Loi sur les langues officielles* fédérale et prévoit que les paragraphes 10(1) et 10(3) n'ont pas pour effet d'interdire le prononcé d'une décision ou de l'exposé des motifs dans une seule langue officielle. Le terme « prononcé » (« oral rendition » dans la version anglaise) indique bien sûr que cette disposition vise les décisions rendues oralement. Il est cependant intéressant de noter que, contrairement aux dispositions fédérales et néo-brunswickoises, la *Loi sur les langues officielles* des territoires du Nord-Ouest ne précise pas que les décisions de justice écrites rendues dans une seule langue officielle ne sont pas invalides pour autant. Le paragraphe 10(5) ne fait que préciser que le paragraphe (4), qui concerne la mise à disposition au public d'enregistrements sonores, n'a pas pour effet de porter atteinte à la validité des décisions visées aux paragraphes (1), (2) ou (3). Le défaut de produire un enregistrement sonore étant le seul exprimé comme n'étant pas cause d'invalidité, il semble logique de conclure que le défaut de rendre, en français et en anglais, une décision définitive à laquelle s'appliquent les critères du

paragraphe (1), entraîne l'invalidité de cette décision. Il n'est pas clair si cette conséquence est voulue, car il s'agit du seul régime linguistique dans cette situation parmi ceux qui sont étudiés dans le présent article. La question se pose alors de savoir ce qu'il advient des décisions définitives qui tombent dans cette situation, car l'invalidité d'une décision judiciaire a évidemment des conséquences pratiques immédiates pour les parties qu'elle concerne.

b) *Le Nunavut*

Le régime linguistique du Nunavut repose sur deux lois clés adoptées en 2008 : la *Loi sur les langues officielles*⁷⁴ et la *Loi sur la protection de la langue inuit*⁷⁵. La *Loi sur les langues officielles* du Nunavut n'est entrée en vigueur que le 1^{er} avril 2013. Elle fait de la langue inuit, de l'anglais et du français les langues officielles du Nunavut. Les dispositions relatives à la langue des décisions judiciaires sont contenues à l'article 9, reproduit à l'annexe E ci-dessous.

Le paragraphe 9(1) prévoit que toute personne qui comparaît devant un organisme judiciaire ou quasi judiciaire a le droit de demander et de recevoir, dans sa langue officielle préférée, la traduction imprimée ou l'enregistrement sonore, de la version définitive d'une décision, d'une ordonnance ou d'un jugement. Cette disposition ressemble à celle qui existe au Québec en ce sens qu'elle instaure un régime de traduction à la demande. Le régime législatif du Nunavut va cependant beaucoup plus loin que celui du Québec, puisque l'alinéa 9(2)a) exige en outre que la version définitive de toute décision, ordonnance ou jugement que rend un organisme judiciaire ou quasi-judiciaire soit accompagnée de traductions dans les deux autres langues officielles si le point de droit en litige présente de l'intérêt ou de l'importance pour le public du Nunavut. Si ces critères ne sont pas remplis, mais que la décision présente toutefois un intérêt ou une importance spécifique pour une communauté de langue officielle, elle doit être accompagnée d'une traduction dans la langue de cette communauté⁷⁶. De surcroît, même les décisions qui présentent un intérêt certain ou de l'importance seulement pour le « participant » qui a utilisé la langue officielle en question durant les débats doivent être accompagnées d'une traduction dans cette langue⁷⁷. Le terme « participant » n'étant pas défini, il semble raisonnable de croire que cette catégorie ne s'adresse pas seulement aux parties à une instance, mais à toutes les personnes qui y participent, y compris les témoins par exemple. Dans la mesure où il n'impose aucune obligation de traduction quant au reliquat des décisions qui ne remplissent aucun des critères susmentionnés, le régime

⁷⁴ LNun 2008, c 10 [LLON].

⁷⁵ LNun 2008, c 17.

⁷⁶ LLON, *supra* note 74, art 9(2)b).

⁷⁷ *Ibid*, art 9(2)c).

législatif du Nunavut ne va pas aussi loin que le régime fédéral. Toutefois, ces dispositions linguistiques nous semblent refléter une flexibilité et une sensibilité particulière envers les intérêts spécifiques des communautés linguistiques distinctes du Nunavut et de ce fait, un respect marqué pour chacune de ses trois communautés de langue officielle. En outre, la combinaison d'un régime de traduction obligatoire pour certaines décisions et de traduction à la demande pour les autres signifie non seulement que ce régime est plus généreux que celui des Territoires du Nord-Ouest, mais dépasse aussi les exigences de celui du Nouveau-Brunswick, qui n'exige la traduction que de certaines décisions définitives, comme nous l'avons expliqué ci-dessus.

Il est à noter qu'il n'est pas fait mention de simultanéité dans ces dispositions non plus, le paragraphe 9(2) étant simplement formulé de manière à exiger qu'une décision définitive qui remplit les critères de traduction soit « accompagnée » de traductions (« provided with » dans la version anglaise). L'exception prévue au paragraphe 9(3) indique cependant clairement que la simultanéité est ici la règle de base, puisqu'il prévoit que la traduction peut être fournie ultérieurement, mais dans un délai raisonnable, si « l'établissement *simultané* d'une ou plusieurs traductions en langues officielles » entraînerait un retard préjudiciable à l'intérêt public ou causerait une injustice ou un inconvénient grave à une des parties à l'instance. Nous avons vu que la même exception existe au palier fédéral, au Nouveau-Brunswick et aux Territoires-du-Nord-Ouest. Ici aussi, il n'est pas clair à qui revient la décision quant à l'application de cette exception permettant que la traduction soit fournie dans un délai raisonnable.

Le paragraphe 9(5) n'est pas formulé très clairement, mais semble vouloir refléter la position au palier fédéral et au Nouveau-Brunswick. Il semble donc que les décisions, ordonnances ou jugements qui ne sont pas accompagnés de traduction alors qu'ils devraient l'être ne sont pas invalides pour autant.

c) *Le Yukon*

La *Loi sur les langues*⁷⁸ du Yukon ne reconnaît ni le français ni l'anglais comme langue officielle, mais crée des droits en ce qui concerne l'emploi de ces langues. Selon l'article 5, chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux établis par l'Assemblée législative et dans tous les actes de procédure qui en découlent. La *Loi sur les langues* ne contient cependant aucune disposition au sujet de la langue des décisions judiciaires. Des trois

⁷⁸ LRY 2002, c 133.

territoires, il s'agit donc de celui qui accorde le moins de protection dans ce domaine.

4) L'Ontario

En Ontario, la *Loi sur les tribunaux judiciaires*⁷⁹ fait du français et de l'anglais les langues officielles des tribunaux. Des provinces auxquelles n'incombe aucune obligation constitutionnelle en matière de langue, l'Ontario est d'ailleurs décrite comme étant celle qui « garantit le mieux l'égalité d'accès aux tribunaux dans l'une et l'autre des langues officielles »⁸⁰. Le paragraphe 26(1) par exemple donne à toute partie à une instance qui parle français le droit d'exiger que l'instance soit instruite en tant qu'instance bilingue. En matière de traduction des jugements cependant, le régime législatif ontarien ne contient aucune obligation. Le paragraphe 126(2)8 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* prévoit simplement que « les motifs d'une décision peuvent être rédigés soit en français, soit en anglais ». Par conséquent, très peu de décisions ontariennes sont traduites en français. Lorsqu'elles le sont, elles sont affichées sur le site du Centre de traduction et de documentation juridiques de l'Université d'Ottawa⁸¹.

Ici aussi, la différence entre le traitement des textes législatifs et des décisions judiciaires est flagrante, puisque, par le truchement de la *Loi sur les services en français*⁸², l'Ontario a volontairement assumé des obligations législatives considérables en matière de bilinguisme législatif. C'est ainsi que, comme c'est le cas au Québec, cette lacune législative en matière de traduction des jugements est dite nuire « au bon développement de la common law »⁸³.

5) Les provinces auxquelles n'incombe aucune obligation en matière de traduction des jugements

Les provinces de la Colombie-Britannique, de l'Alberta, de la Saskatchewan, de l'Île-du-Prince-Édouard, de la Nouvelle-Écosse et de Terre-neuve-et-Labrador ne sont assujetties à aucune obligation en matière de traduction des décisions définitives.

⁷⁹ LRO 1990, c C.43.

⁸⁰ Gruben, *supra* note 33 à la p 411. Aux pp 413-14, Gruben remarque cependant que la manière dont ces dispositions sont formulées « porte à penser que l'anglais est la langue habituelle des tribunaux, le français constituant à cet égard une exception ».

⁸¹ Voir www.ctdj.ca.

⁸² LRO 1990, c F.32. Voir, plus particulièrement, les articles 3 et 4 de cette Loi, qui imposent des obligations en matière de traduction des lois et règlements.

⁸³ Gruben, *supra* note 33 à la p 418.

La province du Manitoba, quant à elle, n'a rien ajouté aux dispositions constitutionnelles auxquelles elle est assujettie et n'a donc actuellement aucune obligation en matière de traduction des décisions judiciaires, ce qui illustre une fois de plus la disparité qui existe entre le traitement des textes législatifs et celui des décisions judiciaires faisant jurisprudence.

D – Les difficultés liées à la mise en œuvre des régimes législatifs en matière de traduction des jugements

Les divers régimes législatifs établis dans les provinces et territoires en matière de bilinguisme des jugements sont loin d'être uniformes. Comme nous allons le voir dans les exemples qui suivent, ce manque d'uniformité est aggravé par le fait que les divers tribunaux répondent différemment aux obligations qui leur sont imposées dans ce domaine, et ce, même lorsqu'ils sont assujettis au même régime législatif.

1) La mise en œuvre du régime législatif fédéral

L'article 20 de la *Loi sur les langues officielles* n'impose aucune méthode particulière aux divers tribunaux fédéraux. Par conséquent, ces derniers en sont venus à répondre de différentes manières à leurs obligations respectives.

Puisque chaque arrêt de la Cour suprême du Canada peut être considéré comme présentant de l'intérêt ou de l'importance pour le public, l'obligation que lui impose la *Loi sur les langues officielles* de publier les décisions définitives dans les deux langues officielles s'applique à toutes ses décisions⁸⁴. C'est de toute façon la pratique qu'a suivie la Cour depuis 1970. La Cour rend environ 75 décisions par année.

En vertu du paragraphe 58(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*⁸⁵, toutes les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*⁸⁶ y sont publiées en anglais et en français. Il est à noter cependant que celles-ci ne constituent qu'un petit échantillon des décisions rendues par ces tribunaux, seules étant publiées dans le *Recueil* « les décisions ou les extraits de décisions considérés par l'arrêtiste comme présentant suffisamment

⁸⁴ Michel Bastarache et al, *Le droit de l'interprétation bilingue*, 1^{re} éd, Montréal (Qc), LexisNexis, 2009 aux pp 114-15 [Bastarache]. Il est à noter que la *Loi sur la Cour suprême* ne lui impose aucune obligation à cet égard.

⁸⁵ LRC 1985, c F-7 [*Loi sur les cours fédérales*].

⁸⁶ Le recueil est publié en ligne à l'adresse <<http://reports.fja.gc.ca/fra/index.html>>.

d'importance ou d'intérêt »⁸⁷. Par conséquent, seulement environ 5% des décisions rendues par la Cour d'appel fédérale et la Cour fédérale sont considérées comme suffisamment importantes pour mériter d'être publiées dans le *Recueil* dans les deux langues officielles. L'article 20 de la *Loi sur les langues officielles* rend obligatoire la publication dans les deux langues officielles de *toutes* les décisions de ces tribunaux, mais comme l'explique Michel Bastarache⁸⁸, il n'impose pas d'obligations plus strictes quant aux décisions qui satisfont au critère de publication bilingue *simultanée*. Par conséquent, « très peu de décisions des cours fédérales sont publiées simultanément dans les deux langues officielles »⁸⁹, la plupart étant publiées dans les meilleurs délais, comme l'exige le paragraphe 20(2).

Comme le démontre l'affaire *Dévinat c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*⁹⁰, il semble toutefois que tous les tribunaux fédéraux ne respectent pas les obligations que leur impose l'article 20 de la *Loi sur les langues officielles*. Il s'agissait dans cette affaire d'une attaque contre la validité de la politique de traduction sur demande établie par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) pour satisfaire à ces obligations. La CISR avait élaboré des critères lui permettant de déterminer lesquelles de ses décisions présentaient de l'intérêt ou de l'importance pour le public et devaient donc être mise à la disposition du public simultanément dans les deux langues officielles. C'était le cas lorsque 1) la décision portait sur un point de droit inédit et impérieux; 2) la résolution de ce point de droit était susceptible d'avoir une incidence notable sur l'évolution des règles de fond et des règles de procédure de la section concernée⁹¹. Mis à part l'éventail étroit des décisions qui remplissaient ces critères, les décisions de la CISR n'étaient traduites que sur demande, les décisions unilingues étant toutefois mises à la disposition du public. Comme l'a confirmé la Cour d'appel fédérale, cette politique de traduction sur demande était bien sûr contraire à l'article 20, puisqu'elle signifiait que la plupart des décisions ne seraient jamais rendues dans l'autre langue officielle. L'article 20 devait être interprété en tenant compte de l'objet de la *Loi sur les langues officielles* et il incombait donc à la CISR de s'y conformer et de faire traduire toutes ses décisions.

Vu le libellé explicite de l'article 20 à cet égard, toute autre décision aurait naturellement surpris. Les motifs de cette décision laissent toutefois entrevoir la

⁸⁷ *Loi sur les cours fédérales*, *supra* note 85, art 58(2). À titre d'exemple, en 2006, seulement 93 décisions ont été publiées dans le *Recueil*, alors que la Cour fédérale a rendu plus de 2200 décisions et la Cour d'appel fédérale 425, voir Bastarache, *supra* note 84 à la p 115.

⁸⁸ Bastarache, *ibid* à la p 116.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Dévinat*, *supra* note 52.

⁹¹ Rapport de 1999, *supra* note 55 à la p 24.

tension qui existe entre l'application de l'article 20 de la *Loi sur les langues officielles* et les considérations d'ordre budgétaire auxquelles font face les tribunaux. Il est en effet clair, à la lecture des motifs, que le refus de la Cour d'accorder l'ordonnance de mandamus sollicitée était entièrement motivé par des considérations financières, puisqu'une telle ordonnance aurait entraîné la traduction de « milliers de décisions dont la traduction du contenu [était] sans intérêt »⁹² et « des coûts de traduction qui seraient treize fois supérieurs au montant prévu au budget courant de la traduction »⁹³. De ce fait conclut la Cour, il ne serait pas justifié de rendre « une ordonnance de mandamus qui couvrirait la portée de l'article 20 de la LLO [...] puisque les sommes d'argent dépensées pour les services de traduction ne donneraient aucun résultat pratique » [nous soulignons]⁹⁴. Cette conclusion appelle deux commentaires. Premièrement, comme le dit la Cour elle-même et comme le confirme le commissaire aux langues officielles⁹⁵, la portée de l'article 20 est suffisamment large pour imposer la communication au public de *toutes* les décisions définitives, quel que soit l'intérêt qu'elles présentent pour l'évolution du droit. Le fait que bon nombre de ces décisions n'avait pas « valeur de précédent »⁹⁶ était donc immatériel et ne justifiait pas en droit le non-respect par la CISR de ses obligations expresses en la matière. Deuxièmement, le bien-fondé de cette décision est discutable, car la Cour ne se prononce nulle part sur la validité des critères restrictifs établis par la CISR elle-même pour déterminer lesquelles de ces décisions étaient suffisamment importantes pour justifier leur publication simultanée dans les deux langues officielles. Or, sans examiner la validité de ces critères, comment la Cour pouvait-elle donc se prononcer sur la valeur de « précédent » qu'il convenait d'attribuer ou non à ces décisions? L'adoption elle-même de tels critères restrictifs elle-même n'est-elle pas contraire à l'objet et à l'esprit de la *Loi sur les langues officielles*?

Peu importe la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Devinat*, il semble que la CISR ait depuis trouvé un autre moyen de contourner les obligations que lui impose la *Loi sur les langues officielles*. Ainsi, dans un article récemment paru dans *La Presse*⁹⁷, Louis Fortier rapporte que la CISR a adopté la politique de ne plus publier ses décisions, ce qui lui évite d'avoir à les faire traduire, du moins selon

⁹² *Devinat*, *supra* note 52 au para 73; au para 64, il est expliqué que la CISR rend des milliers de décisions par année : 16 630 en 1996 et 19 900 en 1997.

⁹³ *Ibid* au para 69. Ces chiffres sont donnés par la CISR à l'égard des décisions rendues en 1996.

⁹⁴ *Ibid* au para 71.

⁹⁵ *Ibid* au para 70.

⁹⁶ *Ibid* au para 71.

⁹⁷ Louis Fortier, « Le silence plutôt que le bilinguisme », *La Presse*, 23 janvier 2014, en ligne : [www.lapresse.ca <http://plus.lapresse.ca/screens/4fe9-a804-52dd9d64-b747-75afac1c606a|zxbsQ~FhTi69>](http://plus.lapresse.ca/screens/4fe9-a804-52dd9d64-b747-75afac1c606a|zxbsQ~FhTi69) [Fortier].

l'interprétation qu'elle donne à la *Loi sur les langues officielles*⁹⁸, privant ainsi les « éventuels revendicateurs du statut de réfugié et leurs avocats et défenseurs, anglophones ou francophones, de la jurisprudence qui est le fondement même du séculaire système juridique de common law »⁹⁹. Il est évident qu'une telle politique viole la lettre et l'esprit de la *Loi sur les langues officielles*, mais en l'absence de directives du gouvernement fédéral à ce sujet, il semble que seule une autre attaque judiciaire forcerait la CISR à réexaminer sa politique à ce sujet¹⁰⁰.

2) La mise en œuvre du régime législatif du Nouveau-Brunswick

Au Nouveau-Brunswick, comme nous l'avons vu, seules les décisions qui présentent de l'intérêt ou de l'importance pour le public sont publiées dans les deux langues officielles. Selon l'article 25 de la *Loi sur les langues officielles*, les décisions de la Cour d'appel sont réputées satisfaire à ces critères, ce qui signifie au moins que toutes ses décisions doivent être traduites¹⁰¹.

La plainte présentée par l'Association des juristes d'expression française du Nouveau-Brunswick au Commissaire aux langues officielles en 2003, à laquelle nous avons fait référence ci-dessus, a révélé des insuffisances importantes quant à la mise en œuvre de ces dispositions au sein de la Cour du Banc de la Reine et de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick. Cette plainte a révélé que la décision quant à la sélection des jugements devant être traduits était prise non pas par le ministère de la Justice ou par les juges eux-mêmes, mais par la société du secteur privé qui publie officiellement le *Recueil des arrêts du Nouveau-Brunswick*, Maritime Law Book. Comme nous l'avons vu, la *Loi sur les langues officielles* du Nouveau-Brunswick ne précise pas qui est chargé de la sélection des décisions méritant d'être publiées dans les deux langues officielles. Il n'est donc pas surprenant que cette absence de précision ait donné lieu à des problèmes d'application. En outre, il n'existait, au sein du ministère de la Justice ou des

⁹⁸ Selon le *Rapport de 1999*, *supra* note 55 à la page 24, la CISR était déjà d'avis, en première instance dans l'affaire *Devinat*, que l'article 20 de la *Loi sur les langues officielles* ne s'appliquait qu'aux décisions mises à la disposition du public. La question n'avait cependant pas été examinée par la Cour fédérale d'appel.

⁹⁹ Fortier, *supra* note 97.

¹⁰⁰ Dans l'espoir de clarifier la situation actuelle, nous avons posé plusieurs questions à la CISR sur sa politique actuelle en la matière, y compris celle de savoir quels critères étaient appliqués à la sélection des décisions d'importance ou d'intérêt pour le public. Nous n'avons malheureusement reçu aucune réponse à nos questions.

¹⁰¹ Il semblerait en outre qu'en raison de l'absence du qualificatif « définitives » à l'article 25, toutes les décisions de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick sont assujetties à l'article 24 du moment qu'elles sont rendues par écrit, même celles qui ne sont pas « définitives ». Voir à ce sujet Gérard Snow, *supra* note 57 à la p 371.

tribunaux eux-mêmes, aucune directive concernant la coordination et la sélection des jugements devant être traduits¹⁰². De surcroît, l'interprétation restrictive que Maritime Law Book avait donnée aux dispositions de la *Loi sur les langues officielles* pour sélectionner les décisions (autres que celles de la Cour d'appel) qui seraient traduites avait en fait eu pour effet de décroître le nombre de décisions publiées dans les deux langues officielles, ce qui constituait un recul injustifiable à sa pratique antérieure « dans le contexte évolutif des droits linguistiques »¹⁰³. De son propre aveu, Maritime Law Book continuait cependant à publier les décisions non traduites jugées « utiles aux avocats » ou qui « méritent publication »¹⁰⁴. La question se pose alors de savoir pourquoi, si ces décisions étaient utiles aux avocats et méritaient publication dans une langue, elles ne méritaient pas publication dans l'autre? Dans son Rapport au terme de l'enquête¹⁰⁵, le Commissaire aux langues officielles, ayant invoqué l'arrêt *Beaulac* et confirmé que la pratique décrite ci-dessus faisait offense aux exigences de la *Loi sur les langues officielles*, fait plusieurs recommandations, dont celles qui suivent : que le ministère élabore une politique de traduction qui soit conforme à la *Loi sur les langues officielles*, que toutes les décisions des tribunaux reçoivent le même traitement que celui qui est réservé aux décisions de la Cour d'appel, que toutes les décisions publiées dans le *Recueil des arrêts du Nouveau-Brunswick* le soient dans les deux langues officielles¹⁰⁶.

Ce n'est qu'en 2011, cinq ans après le Rapport susmentionné, que le Groupe de travail chargé d'examiner la question de la publication et de la traduction des décisions des tribunaux du Nouveau-Brunswick publie son rapport¹⁰⁷. Dans son rapport, le Groupe exprime l'opinion que la sélection des décisions d'intérêt ou d'importance pour le public et méritant donc d'être publiées simultanément dans les deux langues officielles devrait revenir au juge ou à l'auteur de la décision. Le Groupe recommande en outre l'établissement de critères objectifs pour aider la

¹⁰² *Rapport au terme d'une enquête*, supra note 61 à la p 23. Selon ce Rapport, le ministère avait simplement justifié l'absence de politique ou de directive en disant qu'il n'avait reçu aucune déclaration de la part des juges en chef au sujet de la publication des décisions et que les juges avaient pleine latitude de rendre leurs décisions dans les deux langues officielles s'ils estiment souhaitable de le faire.

¹⁰³ *Ibid* à la p 20.

¹⁰⁴ *Ibid* à la p 25.

¹⁰⁵ *Ibid* à la p 64.

¹⁰⁶ *Ibid* aux pp 37-40.

¹⁰⁷ *Rapport du Groupe de travail chargé d'examiner la question de la publication et de la traduction des décisions des tribunaux du Nouveau-Brunswick*, présenté à l'honorable Marie-Claude Blais, c.r., alors ministre de la Justice et de la Consommation, janvier 2011. Le groupe de travail n'avait été créé qu'en janvier 2010.

sélection de ces décisions¹⁰⁸, critères qui devront recevoir une interprétation généreuse, ainsi que la mise au point d'un échéancier permettant de déterminer le délai nécessaire à la traduction pour l'application du paragraphe 24(2) de la *Loi sur les langues officielles*.

Selon les renseignements que nous avons obtenus, la décision quant à la sélection des jugements devant être traduits revient aujourd'hui au ministère de la Justice (Cabinet du procureur général)¹⁰⁹. Toutes les décisions judiciaires sélectionnées pour traduction sont acheminées au Bureau de traduction provincial. Le Bureau de traduction a établi des lignes directrices quant aux échéances à appliquer aux demandes de traduction. Celles-ci sont simplement calculées en fonction du nombre de mots du texte à traduire. Le Bureau de traduction a récemment mis en place un processus d'appels d'offre qui lui permet d'affecter les traductions des décisions judiciaires aux divers fournisseurs qui répondent à leurs exigences. Quant à la troisième recommandation du Groupe de travail, il nous a malheureusement été impossible d'obtenir des renseignements sur la question de savoir si des critères objectifs ont été mis en place en vue de sélectionner les jugements méritant d'être traduits. Il semble donc toujours planer un doute sur la question.

E – Réflexions et conclusions sur les régimes législatifs en matière de traduction des jugements

Outre d'illustrer la résistance ou l'inertie susceptible de conditionner la mise en œuvre des régimes législatifs en matière de traduction des jugements, les exemples qui précèdent sont révélateurs des faiblesses qui minent l'efficacité de ces régimes.

D'abord, nous avons vu que dans tous les régimes législatifs étudiés, hormis dans celui des Territoires-du-Nord-Ouest, le non-respect des exigences relatives à la langue des jugements n'entraîne pas l'invalidité de ces derniers. Même si les conséquences pratiques qui découleraient d'une sanction d'invalidité pour les parties visées par une décision judiciaire justifient une certaine indulgence à l'égard des jugements ne respectant pas les exigences, une telle absence de sanctions ne peut selon nous que miner le respect de ces dispositions. Si le non-respect d'une disposition législative imposant une obligation explicite en matière de traduction d'une décision définitive n'est pas sanctionné dans la loi qui l'impose, cette disposition ne risque-t-elle pas de demeurer lettre morte? L'absence de sanction invite-t-elle des délais systémiques dans la production des traductions ou, comme dans le cas de la CISR, l'adoption d'une politique qui bafoue l'esprit de la *Loi sur*

¹⁰⁸ Une liste des critères est fournie à la page 4 du *Rapport au terme d'une enquête*, *supra* note 61.

¹⁰⁹ Les juges eux-mêmes peuvent aussi demander qu'une traduction de leurs motifs soit établie.

les langues officielles? Comme le dit Gruben, il y aurait lieu de « sanctionner plus sévèrement le non-respect de cette obligation » afin d'améliorer « l'égalité d'accès au système judiciaire dans les deux langues officielles »¹¹⁰.

Si toutefois le non-respect d'une telle obligation est susceptible de se traduire par une déclaration d'invalidité d'une décision judiciaire, ce qui semble être le cas, par implication, pour les Territoires-du-Nord-Ouest, la question devient alors celle de savoir si la décision attaquée en était une qui devait en fait être traduite, aux termes de la loi qui s'applique. Tous les régimes législatifs étudiés exigent au minimum que les décisions judiciaires qui présentent de l'intérêt ou de l'importance pour le public soit mises à la disposition du public dans les deux langues officielles. Or, qui est à même de déterminer ce qui, pour l'avocat ou la personne qui prépare les arguments qui constitueront sa plaidoirie dans une instance particulière, présente de l'intérêt ou de l'importance? Qui est capable de déterminer ce qui peut sembler ne pas être important aujourd'hui, mais pourrait l'être demain? Qui peut s'assurer sans douter qu'une affaire qui ne semble qu'appliquer la loi à des faits particuliers ne peut servir de précédent ou faire jurisprudence dans une autre affaire ou les faits s'avèrent semblables? En l'absence de critères objectifs à cet égard, la question de savoir ce qui représente de l'intérêt ou de l'importance pour le public est selon nous une question des plus subjectives et incertaines, qui permet donc aux décideurs de bafouer les régimes législatifs avec impunité. Il s'est avéré impossible d'obtenir des renseignements quant à l'existence de tels critères objectifs, ce qui laisse au moins planer un doute sur leur existence et sur les motifs pour lesquels ces renseignements ne sont pas accessibles au public. Il est pourtant évident que certains tribunaux ont établi des critères, mais comme le dit le Commissaire aux langues officielles, « les tribunaux n'ont pas adopté la même approche à cet égard »¹¹¹. Lorsque nous avons examiné l'affaire *Devinat*, nous avons vu que la CISR avait adopté des critères très restrictifs qui ne s'appliquaient qu'à un éventail très étroit de décisions. Nous avons aussi mentionné les critères, plus généreux, qu'avait recommandés le Groupe de travail chargé d'examiner la question de la publication et de la traduction des décisions des tribunaux du Nouveau-Brunswick¹¹². Il n'est pas clair si ces critères ont depuis été adoptés. Même là où ces critères existent ou ont été proposés, leur manque d'uniformité remet en question leur objectivité. Sinon, comment expliquer une telle divergence entre des critères supposés s'appliquer à

¹¹⁰ Gruben, *supra* note 33 à la p 366.

¹¹¹ Centre canadien de gestion en partenariat avec le ministère de la Justice du Canada et le Commissariat aux langues officielles, *Rapport final*, « L'accès à la justice dans les deux langues officielles : le français et l'anglais devant les tribunaux fédéraux », avril 2003 à la p 32 [*Rapport de 2003*].

¹¹² *Rapport au terme d'une enquête*, *supra* note 61 à la p 4.

la détermination de la même question, celle des décisions qui présentent de l'intérêt ou de l'importance pour le public? C'est justement pour ces raisons que l'égalité de statut des langues officielles milite pour que toutes les décisions définitives des tribunaux soient mises à la disposition du public dans les deux langues officielles¹¹³. Comme l'a dit le Commissaire aux langues officielles : « l'accès aux décisions devrait toujours être possible au nom d'une stricte égalité entre la version française et la versions anglaise »¹¹⁴.

Nous avons aussi vu ci-dessus que les contraintes budgétaires exercent des pressions sur la mise en œuvre des exigences législatives en matière de traduction des jugements. Ainsi, dans l'affaire *Devinat*, même si la Cour s'est prononcée à l'encontre du régime adopté par la CISR en matière de traduction des jugements, il est évident que ce sont les contraintes budgétaires qui l'ont persuadée de ne pas exiger la traduction des décisions passées. C'est ainsi que le Commissaire aux langues officielles, soucieux du fait que l'article 20 « semble faire peser un lourd fardeau sur certains tribunaux judiciaires, sans faire progresser un objectif reconnaissable »¹¹⁵, a proposé que le ministère de la Justice examine l'à-propos du champ actuel du paragraphe 20(2) de la *Loi sur les langues officielles*, dans la mesure où cette disposition exige que « soient rendues dans les deux langues officielles les décisions qui n'ont pas valeur de précédents ou qui n'ont pas de portée au niveau des principes »¹¹⁶. Puisque les contraintes budgétaires ne constituent pas en droit des raisons valables pour ne pas satisfaire à une obligation législative¹¹⁷, « pas plus que le fait que la CISR soit le tribunal administratif qui rend le plus de décisions au pays »¹¹⁸, il semble en effet qu'une révision de l'article 20 était la seule solution juridique capable d'alléger les obligations de bilinguisme des décisions judiciaires imposées à certains tribunaux judiciaires. Or, le ministère de la Justice a depuis décidé qu'il n'était pas nécessaire de modifier le texte législatif¹¹⁹, si bien que l'article 20 demeure en vigueur tel quel. À partir du moment où l'on accepte, en toute connaissance de cause, de ne pas modifier la portée de l'article 20, l'on reconnaît qu'il exprime correctement la volonté du législateur. Il nous semble alors difficile de justifier qu'on puisse ensuite continuer à fermer les yeux sur des pratiques qui violent la *Loi sur les langues officielles* pour la raison qu'elles ne sont pas à la mesure des moyens de l'État. Quoi qu'il en soit, dans les faits, les tribunaux

¹¹³ Gruben exprime d'ailleurs cette opinion relativement aux décisions du Nouveau-Brunswick, *supra* note 33 à la p 404.

¹¹⁴ *Rapport de 1999*, *supra* note 55 à la p 27.

¹¹⁵ *Ibid* à la p 32.

¹¹⁶ *Ibid* à la p 20.

¹¹⁷ Voir *Beaulac*, *supra* note 24 au para 39.

¹¹⁸ *Devinat c Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, [1998] 3 CF 590, 1998 CanLII 9064.

¹¹⁹ *Rapport de 2003*, *supra* note 111 à la p 25.

qui rendent le plus de décisions se disent incapables « de respecter intégralement les exigences prévues au par. 20(2) de la [Loi sur les langues officielles] »¹²⁰.

III - LA QUESTION DE L'ÉGALE AUTORITÉ DES JUGEMENTS

Malgré l'existence des régimes législatifs exigeant la traduction des décisions judiciaires définitives, il n'existe, au Canada, aucune règle clarifiant l'autorité des versions linguistiques de ces décisions. C'est la question de l'authenticité des versions linguistiques des jugements qui retiendra notre attention dans la présente partie.

A – L'absence de règle d'égle autorité concernant les versions anglaise et française des décisions judiciaires

L'égle autorité des textes législatifs bilingues est un principe de droit bien ancré au Canada, qui tire sa source de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La règle est ainsi formulée :

[L]a règle d'égle autorité s'applique à la législation bilingue : les deux versions constituent deux énoncés de la loi aussi valables l'un que l'autre; elles ont une même valeur et ont toutes deux force de loi; aucune n'est considérée comme la traduction de l'autre; et aucune ne doit être considérée comme ayant à première vue préséance sur l'autre¹²¹.

La règle s'applique à la législation fédérale ainsi qu'à celle du Nouveau-Brunswick, du Manitoba et du Québec, ces ressorts étant tous assujettis à des dispositions constitutionnelles en matière de bilinguisme législatif. Elle s'applique aussi à d'autres ressorts avec plus ou moins d'intensité, en fonction des dispositions législatives volontairement adoptées par ces derniers¹²². Il peut donc sembler singulier qu'aucune règle de la sorte n'existe actuellement au Canada pour préciser l'authenticité des versions linguistiques des décisions judiciaires publiées dans les deux langues officielles. Or, force est de constater que la question n'a jamais été examinée par les tribunaux, ce qui représente selon nous une anomalie dans le système judiciaire canadien.

¹²⁰ *Ibid* à la p 29.

¹²¹ Bastarache, *supra* note 84 à la p 28.

¹²² Voir le tableau récapitulatif qui fait état du fondement de la règle d'égle autorité dans chaque ressort où elle s'applique, fourni dans Karine McLaren, « Bilinguisme législatif : regard sur l'interprétation et la rédaction des lois bilingues au Canada », à paraître prochainement dans la *Revue de droit d'Ottawa* [McLaren].

Certes comme Michel Doucet l'a remarqué, l'obligation de publier les décisions judiciaires dans les deux langues officielles, dans les ressorts où elle s'applique, diffère de l'obligation de publier les textes législatifs dans ces deux langues, car la première est d'origine législative, tandis que la seconde tire sa source de la Constitution. La source de cette obligation ne saurait cependant préjuger « de l'approche à retenir dans l'interprétation des jugements à partir du moment où ils sont effectivement publiés dans les deux langues »¹²³.

Les régimes législatifs eux-mêmes contiennent peu d'indices quant à l'autorité qu'il convient d'accorder aux versions traduites des jugements. Comme l'a remarqué Teresa Scassa¹²⁴, il est vrai que dans la *Loi sur les langues officielles* fédérale, le paragraphe 20(2) est formulé de manière à suggérer que les deux versions linguistiques des décisions définitives ont chacune force exécutoire, car lorsqu'elles ne sont pas rendues simultanément, la version traduite est dite « exécutoire à la date de prise d'effet de la première version ». Il est donc raisonnable de présumer que le terme « exécutoire » investit la version traduite de l'autorité nécessaire à son exécution au même titre que la version originale et qu'il est donc légitime d'appliquer, de citer, de distinguer, d'enseigner ou d'invoquer une version linguistique indépendamment de l'autre¹²⁵.

Il est néanmoins tout aussi légitime de supposer que lorsque la version traduite est clairement identifiée, la version originale est celle qui doit prévaloir en cas de divergence. Dans la grande majorité des cas en effet, la version traduite des jugements est identifiée comme telle. Cette façon de faire diffère radicalement de celle qui s'applique à l'égard des lois bilingues, aucune n'étant la traduction de l'autre dans le cas de lois corédigées, et aucune n'étant identifiée comme la traduction de l'autre dans le cas de lois traduites ayant force de loi. Il est opportun ici d'examiner la pratique de quelques tribunaux à cet égard.

B – L'identification de la version traduite des décisions judiciaires

La pratique de la Cour suprême du Canada quant à l'identification des versions linguistiques des décisions judiciaires a évolué depuis l'adoption de la première *Loi sur les langues officielles* fédérale en 1968-1969. Dans un article à ce sujet publié en 1994, Teresa Scassa faisait valoir qu'entre 1970 et 1980, les décisions de la Cour étaient publiées côte à côte sans aucun indice permettant de savoir laquelle était une

¹²³ Doucet, *supra* note 7 à la p 287.

¹²⁴ Teresa Scassa, « Language of judgment and the Supreme Court of Canada » (1994) 43 RD UN-B 169 [Scassa] à la p 181.

¹²⁵ *Ibid.* Le Commissaire aux langues officielles exprime la même opinion dans son *Rapport de 1999*, *supra* note 55 à la p 27.

version originale et laquelle était une traduction¹²⁶. Puisque l'activité de traduction était alors à ses débuts, il est raisonnable de supposer qu'un lecteur quelque peu attentif aurait aisément pu identifier la traduction, mais il n'en demeure pas moins qu'aucune des deux versions n'était identifiée comme la traduction de l'autre. Dans ces circonstances, il nous semble logique de conclure que les deux versions linguistiques de ces décisions ont égale autorité.

À partir des années 1980 cependant, la version traduite des jugements de la Cour suprême du Canada commence à être identifiée comme telle, la pratique variant toutefois selon certains facteurs tels le sujet de la cause ou l'identité du juge¹²⁷. Scassa nous propose quelques explications¹²⁸, mais il est difficile de savoir pourquoi ce changement a eu lieu. Aujourd'hui, dans la quasi-totalité des cas, les décisions judiciaires imprimées dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* sont marquées comme dans les exemples suivants¹²⁹:

	Colonne de gauche	Colonne de droite
Jugement unanime	English version of the judgment of the Court delivered by CROMWELL J. —	Le jugement de la Cour a été rendu par LE JUGE CROMWELL —
Motifs majoritaires	The judgment of McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell and Wagner JJ. was delivered by THE CHIEF JUSTICE AND CROMWELL J. —	Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein, Cromwell et Wagner rendu par LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE CROMWELL —
Motifs minoritaires	The reasons of Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ. were delivered by ABELLA AND MOLDAVER JJ. —	Version française des motifs des juges Abella, Moldaver et Karakatsanis rendus par LES JUGES ABELLA ET MOLDAVER —

¹²⁶ Scassa, *supra* note 124 à la p 169. À la p 172, elle remarque que cette période coïncidait avec le mandat de Louis-Philippe Pigeon, ardent défenseur des droits linguistiques dans le domaine juridique.

¹²⁷ *Ibid* aux pp 172-74.

¹²⁸ *Ibid* à la p 172. Scassa suggère entre autres choses que ce changement pourrait être attribuable à la composition changeante de la Cour ou à la professionnalisation des services de traduction à la Cour.

¹²⁹ La pratique semble en fait actuellement être la même que celle qu'avait décrite Gérard Snow en 2006; voir Snow, *supra* note 57 à la p 361.

En outre, sur le site Internet *Lexum*, qui « constitue la principale source publique des décisions de la Cour suprême depuis près de 20 ans »¹³⁰, toutes les versions traduites des jugements sont précédées de la mention « Traduction française officielle » ou, le cas échéant « Official English Translation ». À l'occasion, la Cour suprême du Canada rend toutefois des jugements unanimes et anonymes de « The Court/La Cour », habituellement dans des causes controversées ou en matière de droits linguistiques ou constitutionnelle, et il est alors impossible d'identifier la version traduite ou la version originale de ces jugements¹³¹.

La Cour d'appel fédérale et la Cour fédérale adoptent à peu près la même procédure que la Cour suprême du Canada en ce qui concerne l'identification des décisions publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales* et dans les cas que nous avons étudiés, la version traduite est clairement identifiée. Comme nous l'avons dit, les décisions rapportées dans ce *Recueil* ne constituent cependant qu'environ 10 % des décisions rendues par la Cour d'appel fédérale et la Cour fédérale. La pratique adoptée quant aux décisions versées sur les sites Internet de ces tribunaux n'est cependant pas uniforme. Sur le site de la Cour d'appel fédérale par exemple¹³², aucun indice ne semble indiquer la version traduite des décisions qui y sont versées dans les deux langues officielles¹³³. Au contraire, la version traduite des décisions versées dans les deux langues officielles sur le site Internet de la Cour fédérale, elle, est précédée de la mention « Traduction française certifiée, non révisée » (ou « Unrevised English certified translation » selon le cas) et porte en outre la mention « Traduction certifiée conforme » (ou « Certified true translation » selon le cas), suivie du nom de la traductrice ou du traducteur¹³⁴ qui atteste ainsi.

Il est aussi possible d'identifier la version traduite des jugements du Nouveau-Brunswick. La Cour d'appel précède ses traductions de la mention « version française » ou « version anglaise », tandis que les décisions de la Cour du Banc de la Reine sont précédées de la mention « Traduction » ou « Translation ».

¹³⁰ Voir le site <http://scc-csc.lexum.com>.

¹³¹ Voir par exemple *Renvoi sécession du Québec*, *supra* note 23. Voir aussi les exemples donnés par Scassa, *supra* note 124 à la p 175, note 16.

¹³² <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fca-caf/decisions/fr/nav_date.do>.

¹³³ Voir par exemple, la décision *Cadieux c Syndicat uni du transport*, section locale 1415, 2014 CAF 61 versée dans les deux langues sur ce site.

¹³⁴ Voir par exemple la traduction française dans l'arrêt *Condon c Canada (Procureur général)*, 2013 CF 1289; et la traduction anglaise dans l'arrêt *Asphalte ABC Rive-Nord Inc. v Canada (Attorney General)*, 2013 FC 1287.

C – L’incidence de l’identification des versions et de la qualité des versions traduites sur l’égalité des jugements

Vu les disparités qui existent entre les pratiques adoptées par les divers tribunaux relatives à l’identification des versions linguistiques des jugements, il est difficile de tirer des conclusions définitives de ces façons de faire. Il semble toutefois logique de conclure que dans les cas où la décision ne porte aucune mention de la langue de rédaction ou de traduction, les deux versions font également foi¹³⁵. Toutefois, lorsqu’il est possible d’identifier les versions originale et traduite des décisions définitives, il semble que, sauf s’il y a erreur, c’est « le sens que donne l’original qui doit être retenu », puisque « les deux versions ne sont pas nécessairement à égalité sur le plan de la rédaction »¹³⁶.

Force est de constater en effet que malgré les progrès considérables accomplis au cours des ans en matière de rédaction législative bilingue, la qualité des versions traduites des décisions judiciaires est toujours source de préoccupation légitime. En 2003, la qualité de la traduction des décisions judiciaires avait d’ailleurs été identifiée comme un défi par plusieurs groupes de discussion dans le cadre du colloque aboutissant au Rapport final sur l’accès à la justice dans les deux langues officielles¹³⁷.

1) Regard sur certains modèles de traduction des jugements adoptés par les tribunaux fédéraux

a) La Cour suprême du Canada

La Cour suprême du Canada, il faut le dire, fait figure de proue dans le domaine de la traduction des décisions judiciaires et ce, depuis longtemps déjà. Comme l’a d’ailleurs remarqué Scassa en 1994, « translation facilities at the Supreme Court of Canada have evolved to the point where the quality of the translations is such that they could easily serve as authentic versions »¹³⁸. À quoi donc attribuer la qualité de la version traduite des jugements de la Cour suprême du Canada? M. Christian Després, jurilinguiste en chef à la Direction générale du recueil de la Cour suprême du Canada, a bien voulu répondre à nos questions¹³⁹ et c’est de cet entretien que nous tirons les renseignements qui suivent.

¹³⁵ Voir la méthode d’interprétation qui s’applique alors à ces décisions, proposée dans Doucet, *supra* note 7 aux pp 291-92.

¹³⁶ *Ibid* à la p 292.

¹³⁷ *Rapport de 2003*, *supra* note 111 aux pp 36-38.

¹³⁸ Scassa, *supra* note 124 à la p 192.

¹³⁹ Entretien téléphonique tenu le 27 janvier 2014.

En premier lieu, la Cour suprême du Canada se charge elle-même de la traduction de ses jugements, le service étant assuré par sa propre équipe de jurilinguistes, une situation qui la distingue de tous les autres tribunaux judiciaires assujettis à des obligations de bilinguisme des jugements. La traduction initiale des motifs est accomplie par des fournisseurs externes choisis par la Cour elle-même, le Bureau de traduction n'étant que l'un de ces fournisseurs. Cette traduction initiale n'est qu'une étape préliminaire dans le processus intégré que constitue la production des versions traduites des décisions judiciaires de la Cour suprême du Canada. Toutes les traductions initiales accomplies par des fournisseurs externes sont révisées de manière très approfondie par le service de jurilinguistique de la Cour. Des huit membres de l'équipe de jurilinguistes, tous ont une formation en droit, à laquelle s'ajoute une formation en traduction dans certains cas, et tous ont considérablement d'expérience dans leur domaine. Outre la révision jurilinguistique, chaque décision subit une révision technique et juridique. Les réviseurs techniques de la Cour suprême du Canada vérifient tous les renseignements de nature technique contenus dans les décisions (intitulés de cause, citations, numéros de pages, références, etc.), tandis que les réviseurs juridiques, comme l'indique leur nom, effectuent une révision des motifs du point de vue juridique. Tout ce processus est intégré et tous les intervenants communiquent entre eux au besoin. En cas d'ambiguïté dans les motifs, la question est soulevée directement avec le cabinet du juge qui les a rédigés. L'intégralité du processus et la proximité physique des intervenants facilite donc l'interaction entre les auteurs des textes et ceux qui sont responsables de la version traduite de ces textes. Il ne s'agit pas, non plus, d'attendre que la version finale des motifs soit prête avant de procéder à la traduction d'un texte immuable. Le processus de traduction commence dès que l'auteur d'un jugement circule son projet de motifs à ses collègues et les versions traduites des jugements circulent aussi pendant ce même temps parmi les juges.

Il est intéressant de noter que ce processus s'apparente à celui de la traduction dialogique, processus utilisé avec succès aujourd'hui dans certains ressorts, en l'occurrence en Ontario, pour produire les versions françaises des textes législatifs. Dans le cas des lois de l'Ontario cependant, les versions françaises des lois traduites sont reconnues avoir autant force de loi que les versions originales rédigées en anglais. Dans la mesure où la qualité des traductions des jugements de la Cour suprême du Canada est telle qu'elles pourraient aisément servir de versions authentiques, la question se pose alors de savoir pourquoi il est nécessaire d'identifier les versions traduites de ces jugements.

b) *Les autres cours judiciaires fédérales*

Comme nous l'avons dit, le modèle intégré de traduction des décisions judiciaires utilisé à la Cour suprême du Canada est unique. Nous ne comptons pas examiner la pratique de tous les tribunaux assujettis à des obligations en matière de bilinguisme des jugements. À titre de comparaison, il est toutefois intéressant de comparer ce modèle avec celui qui est utilisé par les autres cours judiciaires fédérales, à savoir la Cour d'appel fédérale, la Cour fédérale, la Cour d'appel de la cour martiale du Canada et la Cour canadienne de l'impôt. Les services de traduction des décisions judiciaires de ces cours sont assurés par le Service administratif des tribunaux judiciaires (SATJ). Selon ce que nous avons compris des explications que nous avons été en mesure d'obtenir de la SATJ, toutes les décisions acheminées par ces cours au SATJ sont envoyées au Bureau de traduction fédéral, qui en effectue la traduction. Bien que le SATJ offre un service de jurilinguistique dont peuvent se prévaloir les juges des cours en question, il semble toutefois que cet organisme ne procède pas à la révision systématique des décisions traduites par le Bureau de traduction, comme le fait la Cour suprême du Canada. Le SATJ semble plutôt se fier au système de certification en vigueur au Bureau de traduction, qui, comme nous l'avons vu exige simplement du traducteur qu'il y appose son nom et certifie sa traduction conforme à l'original. Même si, comme l'indique le SATJ, certains juges prennent le temps d'examiner la version traduite de leurs motifs, il est impossible de savoir si cette pratique est la norme ou l'exception. En outre, la question se pose de savoir comment les juges unilingues peuvent de toute façon réviser la version traduite de leurs jugements. De surcroît, vu le nombre de décisions versées sur le site de la Cour fédérale portant la mention « Traduction française officielle non révisée », il nous est permis de penser qu'il s'agit plutôt de l'exception, tout au moins en ce qui concerne les jugements de la Cour fédérale.

2) L'importance des méthodes de traduction

Il nous semble donc à première vue que ce modèle s'apparente plus à celui de la « traduction en vase clos », utilisé dans la rédaction des lois bilingues avant la réforme des méthodes de rédaction législative dans les années 1980. L'inconvénient principal de ce modèle réside dans le fait que le traducteur n'a pas l'occasion de communiquer avec le rédacteur pour clarifier sa compréhension ou les ambiguïtés pouvant survenir dans un texte. Comme l'a récemment remarqué Francie Gow¹⁴⁰, jurilinguiste au Bureau de traduction :

¹⁴⁰ Voir Barbara McClintock, « Three methods of preparing Bilingual Legislation », *Juriscribe*, 2013, en ligne : www.acjt.ca <http://acjt.ca/medias/63/juriscribe_novembre_2013.pdf>.

In the case of other federal judgments, which I work on, we are not supposed to contact the judges while we are translating, though we can and should send a translator's note if we think there are mistakes in the original. This does sometimes lead to corrections to the original judgments after they have been published, which is costly [...]. Sometimes the corrections are not made at all. However, we are talking about a much greater quantity of text, and the up-front cost of translation in tandem is also an important factor to consider. If the translator has misunderstood the original and introduces an error into the translation, it might get caught by the judge before publication, or it might not, particularly if he or she is unilingual and is unable to read the translation. This is a bigger problem for translations into French than into English. This is not a true example of translation in isolation, and the results can still be very good, but errors are more likely to occur or remain in both the original and the translation under this system than under a system of translation in tandem¹⁴¹.

Un système susceptible d'introduire des erreurs dans la version traduite des jugements ou dont on ne peut garantir l'intégrité milite nécessairement contre l'égalité autorité des versions rédigée et traduite des jugements. Certes, les divergences entre les versions originale et traduite d'un texte sont inévitables et « la réalisation d'une équivalence parfaite entre les deux texte (de départ et d'arrivée) n'est qu'un mythe »¹⁴². Comme l'expérience l'a démontré dans le domaine des lois, il n'en demeure pas moins que l'occurrence de divergences entre les versions linguistiques d'un texte peut grandement être réduite par l'adoption d'un modèle de traduction qui favorise les échanges entre l'auteur et la personne qui rend le texte en une autre langue et se rapproche donc du modèle de la traduction dialogique ou en tandem.

Il est vrai que la méthode de corédaction utilisée au palier fédéral et au Nouveau-Brunswick pour produire les lois bilingues n'est sans doute pas appropriée à la traduction des décisions de justice. Comme le dit Scassa :

Judgements are not written in a way which is amenable to the « simultaneous » drafting process which has revolutionized the preparation of multilingual statutes. They present the usual problems of legal translation in that they are meant to interpret the law, and yet,

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Jean-Claude Gémard, « Présence et nécessité de la jurilinguistique » dans *La traduction juridique au Canada : tout un contrat*, Circuit n° 95, 2007 à la p 14.

through divergences in meaning across language, they are themselves often capable of multiple interpretation¹⁴³.

Le modèle de traduction dialogique ou en tandem peut cependant très bien être adapté à la traduction des jugements à très bon escient. Comme l'ont clairement démontré les enseignements tirés de l'évolution des méthodes de rédaction législative au Canada, il devrait être évident que le traducteur qui n'a pas accès à l'auteur du texte sera par la force des choses amené à faire des choix et à résoudre des ambiguïtés selon son interprétation subjective des mots. Même si, ostensiblement, l'accès aux auteurs des jugements n'est pas interdit, la centralisation des services de traduction et l'ajout d'intermédiaires entre l'auteur d'un jugement et la personne qui le traduit rend nécessairement la communication plus ardue et décourage selon nous le libre dialogue qui est essentiel à la production d'une version traduite authentique. Qui plus est, la centralisation des services de traduction favorise la perte d'autonomie, et donc de responsabilité, des tribunaux à l'égard des versions traduites de leurs décisions judiciaires. De surcroît, la pratique généralisée d'identifier la version traduite d'une décision définitive a pour effet pervers de miner l'importance et donc le statut de la traduction. Si la version traduite est identifiée, n'est-il pas chose aisée que de la mettre de côté en cas de divergence et de ne retenir que le sens de la version originale? Par conséquent, pourquoi affecter davantage de ressources à la traduction des jugements en vue d'améliorer leur qualité lorsqu'il est possible de consulter la version originale (et donc authentique) dans l'autre langue officielle?

D – Les facteurs qui militent en faveur de l'égale autorité des versions linguistiques des jugements

C'est justement ce genre de réflexion qui milite en faveur du point de vue voulant que les deux versions linguistiques d'un jugement doivent avoir égale autorité. Si l'on ne peut se fier à l'authenticité d'une décision judiciaire dans la langue officielle de son choix, à quoi bon sert-il de la traduire? Il s'agit bien sûr d'une question d'égalité réelle. Par conséquent, le fait que la version traduite des jugements soit expressément identifiée, alors que la version traduite d'un texte législatif ne le soit pas ne devrait aucunement être déterminant de la question d'égale autorité¹⁴⁴. Comme l'explique Michel Bastarache, cette pratique rend simplement « plus difficile la justification de l'égale autorité des jugements à partir de faits empiriques

¹⁴³ Scassa, *supra* note 124 à la p 180.

¹⁴⁴ En outre, le fait qu'une grande partie de la législation est aujourd'hui corédigée, alors que les jugements sont traduits, n'a aucune incidence, car la règle d'égale autorité précède de loin l'adoption de la corédaction comme méthode de rédaction législative : Bastarache, *supra* note 84 à la p 121.

concernant l'élaboration des textes juridiques »¹⁴⁵. Afin de justifier l'égle autorité des jugements, il faut donc :

[...] faire appel à des notions normatives relatives au bilinguisme, comme nous l'avons fait pour la règle de l'égle autorité en matière de législation. L'exigence voulant que les textes juridiques faisant foi soient également accessibles à ceux qui parlent français et anglais tire son importance de l'engagement du Canada envers l'égle valeur de ces langues et leur importance pour l'épanouissement personnel. Ainsi, nous soutenons que, quelle que soit la méthode utilisée pour l'élaboration des jugements bilingues et indépendamment du cadre législatif applicable, il est indéniable que les versions anglaise et française des jugements de la Cour fédérale, de la Cour d'appel fédérale et surtout, de la Cour suprême du Canada font pareillement autorité. Cela vaut également pour les jugements de la Cour canadienne de l'impôt et des tribunaux fédéraux [...]. Pour ce qui est du Nouveau-Brunswick, il en va ainsi des décisions publiées après l'adoption de la nouvelle *Loi sur les langues officielles* qui sont désignées par les termes « version française » ou « version anglaise »¹⁴⁶.

Comme l'a remarqué Michel Bastarache à propos des décisions des tribunaux fédéraux, le point de vue selon lequel les deux versions des jugements bilingues, une fois établies, doivent être considérées comme faisant pareillement foi est appuyé « par les motivations politiques en faveur de l'égalité des lois »¹⁴⁷. Force est cependant de constater que la pratique s'oppose à cette conclusion, dans la mesure où, comme nous l'avons vu, l'on ne peut en pratique se fier aveuglement à toutes les versions traduites des jugements, car leur qualité est conditionnée par les diverses méthodes de traduction employées par les divers tribunaux et par les ressources qui y sont affectées. Il est vrai que l'on ne saurait réduire la question de la langue des jugements aux problèmes techniques ou pratiques nuisant à leur authenticité. Ainsi, le fait que la version traduite d'un texte législatif ne soit pas nécessairement à égalité sur le plan de la rédaction n'a jamais été considéré comme un motif suffisant pour mettre de côté la règle d'égle autorité des lois. Rappelons que dans l'arrêt *Doré c. Verdun (Ville)*¹⁴⁸, la Cour suprême du Canada a refusé de se laisser influencer par l'argument selon lequel la version anglaise de la disposition législative contestée

¹⁴⁵ *Ibid* à la p 119.

¹⁴⁶ *Ibid* aux pp 119-20.

¹⁴⁷ *Ibid* à la p 113.

¹⁴⁸ [1997] 2 RCS 862, 150 DLR (4e) 385. Il s'agissait du nouveau Code civil du Québec, dont la version anglaise était truffée d'erreurs de traduction, en raison de la méthode de traduction en vase clos adoptée pour sa traduction.

n'était qu'une « simple traduction », dont la qualité était notoirement mauvaise. La qualité de la version traduite du texte législatif n'avait aucune incidence sur la règle d'égale autorité et la divergence devait simplement être résolue par le recours aux règles d'interprétation des lois bilingues.

Ceci dit, il convient ici de faire une distinction entre les lois et les jugements. Il est incontestable que les deux versions linguistiques d'un texte de loi *sont*, ensemble, le texte de loi, puisqu'elles sont généralement toutes les deux adoptées par le législateur. En outre, il est aussi incontestable, selon une règle juridique bien établie et aujourd'hui acceptée comme légitime, que ces deux versions font pareillement foi¹⁴⁹. Il faut savoir qu'il n'en a cependant pas toujours été ainsi, car la confiance qu'inspirait règle d'égale autorité à la communauté juridique a longtemps été minée par la méthode de traduction « en vase clos » adoptée dans le passé pour traduire les textes de lois. C'est pour donner plus grande crédibilité à la version française des lois et ainsi restaurer confiance dans la règle d'égale autorité que les méthodes de rédaction des lois bilingues ont fait l'objet de réformes considérables à partir des années 1980¹⁵⁰.

Or, il nous semble que certaines pratiques associées à la production des versions bilingues des jugements minent la crédibilité des versions traduites des jugements et par conséquent, la confiance de la communauté juridique dans la proposition que ces versions ont égale autorité. Que penser, par exemple, de la version traduite d'une décision de la Cour fédérale marquée « Traduction française certifiée, non révisée », sinon qu'elle n'a pas fait l'objet de révision par son auteur et qu'il est donc possible qu'elle ne reflète pas correctement l'expression de son raisonnement? Tant que les versions traduites seront identifiables comme telles, le réflexe naturel sera toujours de traiter la version originale comme celle qui fait foi en cas de divergence entre les versions. Sinon, à quoi bon identifier la version traduite? Les arguments fondés sur l'égalité réelle, bien qu'irréfutables, ne suffisent donc pas selon nous à insuffler vie à la règle d'égale autorité des jugements dans les faits. Il demeure qu'en matière de décisions judiciaires bilingues, la règle d'égale autorité n'a pas de fondement législatif clair ou indiscutable. Par conséquent, si l'on veut que la règle reçoive adhésion et soit acceptée comme règle fondamentale au même titre qu'elle l'est pour les lois, il faut que les indices permettant d'identifier les versions traduites des jugements soient ôtés, comme il est le cas pour les lois. Pour que cela soit possible, il faut bien sûr que la version traduite d'une décision judiciaire soit acceptée et approuvée par son auteur comme représentant l'expression correcte et authentique de son raisonnement au même plan que la version originale. Il s'ensuit que c'est aux

¹⁴⁹ Voir le tableau récapitulatif qui fait état du fondement de la règle d'égale autorité dans chaque ressort où elle s'applique, *McLaren, supra* note 122.

¹⁵⁰ *Ibid.*

auteurs de ces décisions, et non aux fournisseurs de traduction ou aux intermédiaires entre les fournisseurs et les auteurs, que devrait revenir la responsabilité quant à l'authenticité de leur contenu. De même que les rédacteurs et traducteurs des textes législatifs bilingues travaillent ensemble pour s'assurer que leurs versions disent la même chose, il appartient aux juges et aux personnes chargées de la traduction de leurs décisions de travailler ensemble pour s'assurer que les versions bilingues des jugements reflètent toutes deux correctement l'expression de l'argumentation de leurs auteurs. Ce n'est qu'alors que les versions française et anglaise pourront véritablement être considérées comme faisant également foi.

L'importance de l'enjeu ne saurait être sous-estimée. Comme l'a dit Michel Bastarache :

[U]ne décision judiciaire, une fois rendue, fait partie du droit. Cela est particulièrement vrai des matières de common law. Ce fait souligne à nouveau qu'il est essentiel de reconnaître que des raisons importantes justifient de considérer les jugements comme des documents entièrement bilingues dont les deux versions font autorité¹⁵¹.

En effet, la common law, par définition, ne trouve pas source exclusivement dans les lois et règlements, mais aussi dans les décisions définitives des tribunaux qui constituent la jurisprudence, partie intégrale et fondamentale du droit. Il est évident qu'un juriste qui ignore la jurisprudence ne saurait prétendre connaître le droit. Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, le point a d'ailleurs récemment été affirmé avec force dans la presse, lorsque le Canada anglophone semble avoir pris conscience du fait que les décisions judiciaires du Québec sont rarement traduites, privant ainsi la communauté anglophone, tant au Québec qu'ailleurs du Canada, de la possibilité d'avoir accès à des décisions présentant un intérêt national et faisant jurisprudence¹⁵². Or, l'écrasante majorité des décisions judiciaires du Canada est rédigée en anglais. La population francophone, elle, doit donc composer avec la même réalité dans tous les ressorts où ne sont traduites aucunes décisions judiciaires. En outre, même là où il existe des régimes législatifs exigeant la traduction des jugements, nous avons vu que leur effectivité est sapée par plusieurs facteurs, dont l'existence de politiques internes faisant obstacle à leur mise en œuvre, l'absence de critères objectifs déterminant le choix des décisions méritant traduction et l'impossibilité de se fier à la version traduite. Comment justifier, dans un système juridique qui prône l'égalité de statut de deux langues officielles comme valeur constitutionnelle, que l'une ou l'autre de ses communautés linguistiques officielles n'ait pas accès dans sa langue à une version fiable d'une partie si fondamentale du

¹⁵¹ Bastarache, *supra* note 84 à la p 121.

¹⁵² Melnitzer, *supra* note 69.

droit? L'égalité réelle signifie que les membres de chacun des deux groupes de langues officielles au Canada doivent avoir accès au corpus du droit, et donc à la jurisprudence, dans leur langue. De surcroît, l'égalité réelle implique que les versions linguistiques des décisions judiciaires doivent être de qualité et de statut égal. La solution employée actuellement à l'égard des décisions de certains tribunaux revient à traiter la traduction comme s'il y avait une langue officielle principale, la langue de rédaction des jugements, et une obligation d'accommodement en ce qui concerne l'emploi de l'autre langue officielle, la langue dans laquelle ces décisions sont traduites.

CONCLUSION

Nous avons vu que le bilinguisme judiciaire au Canada découle de dispositions constitutionnelles et législatives. Les dispositions constitutionnelles n'accordent cependant actuellement aucune protection en matière de bilinguisme des décisions définitives des tribunaux, car l'interprétation restrictive de la trilogie de 1986 est toujours celle qui semble primer. Selon cette interprétation, le droit de s'exprimer dans la langue officielle de son choix appartient à l'auteur du jugement et l'État n'a aucune obligation constitutionnelle de rendre ce jugement disponible dans la langue officielle du justiciable. La jurisprudence indique qu'une interprétation plus libérale s'impose aujourd'hui, mais il y a très peu de chance que la question fasse l'objet d'un réexamen avant que les tribunaux soient saisis de l'occasion appropriée de revisiter la question. Ce sont donc les divers régimes législatifs fédéraux, provinciaux et territoriaux qui remplissent le vide créé par l'interprétation des dispositions constitutionnelles. Il existe cependant des disparités considérables entre ces régimes législatifs et entre les méthodes qu'emploient les tribunaux pour remplir les obligations auxquelles ils sont assujettis. Le manque d'uniformité dans l'application et l'interprétation des divers régimes législatifs fait obstacle à leur efficacité. En outre, la mise en œuvre des régimes législatifs est conditionnée par le manque d'adhésion manifeste aux principes qu'ils véhiculent et par la perception selon laquelle les considérations financières justifient les enfreintes à ces régimes législatifs. Enfin, malgré les facteurs, fondés sur l'égalité réelle des langues officielles, qui militent pour que les deux versions linguistiques des jugements fassent également foi, la pratique répandue d'identifier la version traduite des jugements et la qualité variable des versions traduites s'opposent à ce qu'elles soient traitées comme versions authentiques au même plan que les versions rédigées par leurs auteurs.

L'égalité réelle des langues officielles signifie que les deux communautés linguistiques doivent avoir accès, dans leur langue, à des décisions judiciaires qui

font autorité sur le plan juridique et auxquelles ils peuvent se fier. Pour que cela soit possible, il faut que tous les acteurs du système judiciaire adhèrent véritablement à la valeur que représente l'accès égal aux normes judiciaires et aux précédents dans les deux langues officielles. Tout comme il a été le cas à l'égard des lois bilingues, une réforme des méthodes de production des versions bilingues des jugements s'impose aujourd'hui pour réaliser ces objectifs. L'adoption d'une méthode de traduction des jugements plus dialogique et la prise en charge d'une plus grande responsabilité de la part des auteurs de décisions judiciaires envers les versions traduites de leurs motifs sont des pistes de solution qu'il convient d'explorer. L'appui des gouvernements est essentiel pour que ces solutions soient réalisables et une plus grande transparence s'impose selon nous quant à l'application concrète des régimes législatifs en matière de traduction des jugements. Les pressions de temps et d'argent invoquées à l'appui des insuffisances des régimes actuels ne sont que les symptômes d'un mal plus grand, qui est simplement que trop peu d'importance est généralement accordée à la qualité des traductions des jugements au Canada, malgré le fait que la question soit « une responsabilité nationale »¹⁵³.

¹⁵³ Yvon Tarte, alors président de la Commission des relations de travail dans la fonction publique, *Rapport de 2003*, *supra* note 111 à la p 56.

ANNEXE A

Article 20, *Loi sur les langues officielles*, LRC 1985, c 31 (4^e suppl).

Dispositions relatives à la langue des jugements

20. (1) Les décisions définitives — exposé des motifs compris — des tribunaux fédéraux sont simultanément mises à la disposition du public dans les deux langues officielles :

a) si le point de droit en litige présente de l'intérêt ou de l'importance pour celui-ci;

b) lorsque les débats se sont déroulés, en tout ou en partie, dans les deux langues officielles, ou que les actes de procédure ont été, en tout ou en partie, rédigés dans les deux langues officielles.

(2) Dans les cas non visés par le paragraphe (1) ou si le tribunal estime que l'établissement au titre de l'alinéa (1)a) d'une version bilingue entraînerait un retard qui serait préjudiciable à l'intérêt public ou qui causerait une injustice ou un inconvénient grave à une des parties au litige, la décision — exposé des motifs compris — est rendue d'abord dans l'une des langues officielles, puis dans les meilleurs délais dans l'autre langue officielle. Elle est exécutoire à la date de prise d'effet de la première version.

20. (1) Any final decision, order or judgment, including any reasons given therefor, issued by any federal court shall be made available simultaneously in both official languages where

(a) the decision, order or judgment determines a question of law of general public interest or importance; or

(b) the proceedings leading to its issuance were conducted in whole or in part in both official languages.

(2) Where

(a) any final decision, order or judgment issued by a federal court is not required by subsection (1) to be made available simultaneously in both official languages, or

(b) the decision, order or judgment is required by paragraph (1)(a) to be made available simultaneously in both official languages but the court is of the opinion that to make the decision, order or judgment, including any reasons given therefor, available simultaneously in both official languages would occasion a delay prejudicial to the public interest or resulting in injustice or hardship to any party to the proceedings leading to its issuance,

the decision, order or judgment, including any reasons given therefor, shall be issued in the first instance in one of the official languages and thereafter, at the earliest possible time,

(3) Les paragraphes (1) et (2) n'ont pas pour effet d'interdire le prononcé, dans une seule langue officielle, d'une décision de justice ou de l'exposé des motifs.

(4) Les décisions de justice rendues dans une seule des langues officielles ne sont pas invalides pour autant.

in the other official language, each version to be effective from the time the first version is effective.

(3) Nothing in subsection (1) or (2) shall be construed as prohibiting the oral rendition or delivery, in only one of the official languages, of any decision, order or judgment or any reasons given therefor.

(4) No decision, order or judgment issued by a federal court is invalid by reason only that it was not made or issued in both official languages.

ANNEXE B

Tribunaux fédéraux auxquels s'applique la *Loi sur les Langues officielles*.

Liste tirée du rapport du Commissariat aux langues officielles, *L'utilisation équitable du français et de l'anglais devant les tribunaux fédéraux et devant les tribunaux administratifs fédéraux qui exercent des fonctions quasi judiciaires*, mai 1999, en ligne : http://www.ocol-clo.gc.ca/html/stu_etu_051999_f.php, aux pp 42 à 50.

- Conseil d'arbitrage et commission de révision
- Conseil canadien des relations industrielles
- Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs
- Tribunal canadien du commerce extérieur
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes
- Tribunal de l'aviation civile
- Tribunal de la concurrence
- Commission du droit d'auteur
- Commission d'examen des exportations de biens culturels
- Cour fédérale du Canada
- Tribunal des droits de la personne
- Commission de l'immigration et du statut de réfugié
- Office national de l'énergie
- Commission nationale des libérations conditionnelles
- Office des transports du Canada
- Cabinet du juge-arbitre
- Commission des relations de travail dans la fonction publique
- Commission d'appel des pensions
- Tribunal de révision (Régime de pensions du Canada)
- Cour suprême du Canada
- Cour canadienne de l'impôt
- Commission des oppositions des marques de commerce
- Tribunal des anciens combattants

ANNEXE C*Loi sur les langues officielles*, LN-B 2002, c O-0.5

Dispositions relatives à la langue des jugements

24(1) Les décisions ou ordonnances définitives des tribunaux, exposés des motifs et sommaires compris, sont publiés dans les deux langues officielles

a) si le point de droit en litige présente de l'intérêt ou de l'importance pour le public; ou

b) lorsque les procédures se sont déroulées, en tout ou en partie, dans les deux langues officielles.

24(2) Dans les cas visés par le paragraphe (1) ou lorsque la publication d'une version bilingue entraînerait un retard qui serait préjudiciable à l'intérêt public ou qui causerait une injustice ou un inconvénient grave à une des parties au litige, la décision, exposé des motifs compris, est publiée d'abord dans l'une des langues officielles, puis dans les meilleurs délais, dans l'autre langue officielle.

25 Les décisions de la Cour d'appel sont réputées satisfaire aux critères de l'article 24.

26 Les articles 24 et 25 n'ont pas pour effet d'interdire le prononcé, dans une seule langue officielle, d'une décision ou de l'exposé des motifs auquel cas la décision n'est pas invalide pour autant.

24(1) Any final decision, order or judgment of any court, including any reasons given therefore and summaries, shall be published in both official languages where

(a) it determines a question of law of interest or importance to the general public, or

(b) the proceedings leading to its issuance were conducted in whole or in part in both official languages.

24(2) Where a final decision, order or judgment is required to be published under subsection (1), but it is determined that to do so would result in a delay or injustice or hardship to a party to the proceedings, the decision, order or judgment, including any reasons given, shall be published in the first instance in one official language and, thereafter, at the earliest possible time, in the other official language.

25 All decisions of the Court of Appeal are deemed to fall within the scope of section 24.

26 Sections 24 and 25 shall not be construed so as to prevent the pronouncement of a judgment, including the reasons in support of the judgment, in either official language and in such a case, the judgment is not invalid by reason only that it was pronounced in one official language.

ANNEXE D

Loi sur les langues officielles, LRTN-O 1988, c O-1

Dispositions relatives à la langue des jugements

10. (1) Les décisions définitives exposé des motifs compris d'un organisme judiciaire ou quasi judiciaire établi par une loi ou en conformité avec une loi sont rendues en français et en anglais :

- a) si le point de droit en litige présente de l'intérêt ou de l'importance pour le public;
- b) lorsque les débats se sont déroulés, en tout ou en partie, dans les deux langues, ou que les actes de procédure ont été, en tout ou en partie, rédigés dans les deux langues.

(2) Dans les cas où un organisme estime que l'établissement au titre du paragraphe (1) d'une version bilingue entraînerait un retard qui serait préjudiciable à l'intérêt public ou qui causerait une injustice ou un inconvénient grave à une des parties au litige, la décision — exposé des motifs compris est rendue d'abord en français ou en anglais, puis, dans les meilleurs délais, dans l'autre langue. Elle est exécutoire à la date de prise d'effet de la première version.

10. (1) All final decisions, orders and judgments, including any reasons given for them, issued by any judicial or quasi-judicial body established by or under an Act shall be issued in both English and French where

- (a) the decision, order or judgment determines a question of law of general public interest or importance; or
- (b) the proceedings leading to the issue of the decision, order or judgment were conducted in whole or in part in both English and French.

(2) Where a body by which a final decision, order or judgment including any reasons given for it is to be issued in both English and French under subsection (1) is of the opinion that to issue it in both English and French would occasion a delay

- (a) prejudicial to the public interest, or
- (b) resulting in injustice or hardship to any party to the proceedings leading to its issue,

the decision, order or judgment, including any reasons given for it, shall be issued in the first instance in its version in one of English or French and after that, within the time that is reasonable in the circumstances, in its version in the other language, each version to be effective

from the time the first version is effective.

(3) Les paragraphes (1) et (2) n'ont pas pour effet d'interdire le prononcé, dans une seule langue officielle, d'une décision ou de l'exposé des motifs.

(3) Nothing in subsection (1) or (2) shall be construed as prohibiting the oral rendition or delivery, in one only of the Official Languages, of any decision, order or judgment or any reasons given for it.

(4) Les décisions définitives exposé des motifs comprise d'un organisme judiciaire ou quasi judiciaire établi par une loi ou en conformité avec une loi sont enregistrées sur bande magnétique dans une ou plusieurs des langues officielles autres que le français ou l'anglais. Des copies de l'enregistrement sont fournies à toute personne qui présente une demande raisonnable en ce sens, lorsque :

(4) A sound recording of all final decisions, orders and judgments, including any reasons given for them, issued by any judicial or quasi-judicial body established by or under an Act shall be made in one or more of the Official Languages other than English or French and copies of the sound recording shall be made available to any person on reasonable request, where

a) d'une part, la décision en cause tranche un point de droit qui présente de l'intérêt ou de l'importance pour le public;

(a) the decision, order or judgment determines a question of law or general public interest or importance, and

b) d'autre part, il est possible de fournir la ou les versions et que la communication de la décision en cause aura pour effet d'accroître la connaissance qu'en a le public.

(b) it is practicable to make available that version or versions, and it will advance the general public knowledge of the decision, order or judgment.

(5) Le paragraphe (4) n'a pas pour effet de porter atteinte à la validité des décisions visées aux paragraphes (1), (2) ou (3).

(5) Nothing in subsection (4) shall be construed as affecting the validity of a decision, order or judgment, referred to in subsection (1), (2) or (3).

L.R.T.N.-O. 1988, ch. 56 (Suppl.), art. 11; L.T.N.-O. 2003, ch. 23, art. 20(1).

R.S.N.W.T.1988,c.56(Supp.),s.11,21;
S.N.W.T. 2003, c.23, s.20(1).

ANNEXE E

Loi sur les langues officielles, LNun 2008, c 10

Dispositions relatives à la langue des jugements

9. (1) Toute personne devant un organisme judiciaire ou quasi judiciaire a le droit de demander et de recevoir, dans sa langue officielle préférée, la traduction imprimée, ou sous forme d'enregistrement sonore, de la version définitive d'une décision, d'une ordonnance ou d'un jugement.

(2) La version définitive d'une décision, d'une ordonnance ou d'un jugement, que rend un organisme judiciaire ou quasi judiciaire, est accompagnée de traductions dans :

- a) les autres langues officielles si le point de droit en litige présente de l'intérêt ou de l'importance pour le public du Nunavut;
- b) une autre langue officielle si le point de droit en litige présente un intérêt ou une importance spécifique pour la communauté de langue officielle en question;
- c) une autre langue officielle si la question en litige présente un intérêt certain ou de l'importance pour le participant qui a utilisé la langue officielle en question durant les débats.

(3) Un organisme judiciaire ou quasi judiciaire peut fournir, ultérieurement mais dans un délai raisonnable, la

9. (1) Any person before a judicial or quasi-judicial body is entitled to request and receive in the Official Language of his or her choice, a printed or recorded translation of a final decision, order or judgment.

(2) A final decision, order or judgment issued by a judicial or quasi-judicial body shall be provided with translations in

- (a) the other Official Languages if the decision, order or judgment determines a question of law of general public interest or importance in Nunavut;
- (b) another Official Language if the decision, order or judgment determines a question of law of specific interest or importance affecting the Official Language community in question; or
- (c) another Official Language if the decision, order or judgment determines a question of significant interest or importance for a participant who used that Official Language in the proceedings.

(3) A judicial or quasi-judicial body may provide an Official Language translation of a decision at a

traduction dans une langue officielle de la version définitive d'une décision, d'une ordonnance ou d'un jugement si l'établissement simultané d'une ou plusieurs traductions en langues officielles au titre du paragraphe (1) ou (2) entraînerait un retard qui, selon le cas :

- a) serait préjudiciable à l'intérêt public;
- b) causerait une injustice ou un inconvénient grave à une des parties à l'instance.

(4) Le présent article n'a pas pour effet d'interdire le prononcé, dans une seule langue officielle, d'une décision, d'une ordonnance ou d'un jugement, ou de l'exposé des motifs le cas échéant.

(5) Ni le présent article ni l'article 8 n'ont pour effet de porter atteinte à la validité des décisions, des ordonnances ou des jugements auxquels la présente loi s'applique.

reasonable later time if the simultaneous provision of one or more Official Language translations of a final decision, order or judgment under subsection (1) or (2) would occasion a delay

- (a) prejudicial to the public interest; or
- (b) resulting in injustice or hardship to a party to the proceedings.

(4) Nothing in this section shall be construed as prohibiting the oral rendition or provision in only one Official Language of a decision, order, judgment, or reasons if any.

(5) Nothing in this section, or in section 8, shall be construed as affecting the validity of a decision, order or judgment to which this Act applies.

LA VERSION ANGLAISE DU *CODE DE PROCÉDURE CIVILE* DU QUÉBEC : UNE ATTEINTE AUX DROITS LINGUISTIQUES?

Karine McLaren *

INTRODUCTION¹

Le 29 septembre 2011, le ministre de la Justice du Québec a déposé un avant-projet de loi visant l'adoption d'un nouveau *Code de procédure civile* (l'Avant-projet)². Le *Code de procédure civile* établit les principes de la justice civile au Québec et est donc de grande importance pour tous ses citoyens. Or, les divergences et ambiguïtés entre les versions française et anglaise du texte proposé dans l'Avant-projet sont telles que l'accès égal à la justice ne peut être garanti aux deux communautés linguistiques. Le Québec est pourtant assujéti à des obligations constitutionnelles qui exigent que ses lois soient imprimées et publiées dans les deux langues officielles. Quelle est la nature de ces obligations? Obligent-elles le gouvernement du Québec à prendre des mesures pour faire en sorte que les versions linguistiques des lois concordent? Exigent-elles le recours à une méthode de rédaction législative qui respecte leurs objets? Les insuffisances de la méthode de traduction des lois adoptée au Québec enfreignent-elles ses

* Étudiante au programme de maîtrise (LL.M.) de la Faculté de droit de l'Université de Moncton.

¹ Le texte qui suit a été rédigé en 2012 à l'occasion du dépôt, le 29 septembre 2011, d'un avant-projet de loi proposant l'adoption d'un nouveau *Code de procédure civile* au Québec. Les commentaires qui suivent se rapportent aux versions linguistiques du nouveau *Code de procédure civile* proposées dans cet avant-projet de loi. Depuis la rédaction du présent article, les membres du Comité d'accès à la justice en langue anglaise ont rencontré des représentants du gouvernement du Québec afin de leur faire part des multiples problèmes associés à la version anglaise de ce texte. Certaines modifications y ayant par la suite été apportées, le Projet de loi no 28 (2014, chapitre 1) : *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* a été adopté le 20 février 2014. La date d'entrée en vigueur du nouveau *Code de procédure civile* n'est pas actuellement connue et la qualité de ses versions linguistiques actuelles demeure à être évaluée. À notre connaissance, la méthode de traduction adoptée pour produire la version anglaise des textes législatifs au Québec n'a toutefois pas changé.

² Voir ministère de la Justice Québec, « Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile » (13 avril 2015), en ligne : Assemblée nationale Québec <http://www.assnat.qc.ca/Media/Process.aspx?MediaId=ANQ.Vigie.Bll.DocumentGenerique_49613&process=Default&token=ZyMoxNwUn8ikQ+TRKYwPCjWrKwg+vIv9rjij7p3xLG TZDmLVSmJLoqe/vG7/YWzz> » [Avant-projet].

obligations constitutionnelles? Si oui, quelles conséquences en découlent? Voilà les questions auxquelles nous allons tenter de répondre dans les pages qui suivent.

I – L’AVANT-PROJET DE LOI INSTITUANT LE NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Comme il est clairement énoncé dans la disposition introductive de l’Avant-projet, celui-ci vise à assurer l’accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l’application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure et le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice³.

La procédure civile constitue « l’ensemble des règles à suivre lorsqu’une personne fait appel au système de justice pour régler un conflit ou une situation qui n’est pas de nature criminelle ou pénale »⁴. Ces règles prévoient, entre autres, les différentes étapes judiciaires à respecter, les pouvoirs du juge et les divers moyens pouvant être utilisés pour régler un conflit. Elles représentent donc l’un des principaux outils de travail de nombreux avocats, notaires, juges, greffiers, huissiers et autres professionnels qui interviennent dans le règlement des conflits et, comme le reconnaît le ministère de la Justice du Québec lui-même, sont donc « extrêmement importantes dans le pays juridique québécois »⁵.

Qui plus est, vu que l’Avant-projet vise à « obliger » les parties à considérer le recours à des modes privés et volontaires de prévention et de règlement des différends avant de s’adresser aux tribunaux⁶, il est impératif que ces règles soient accessibles au citoyen et lui permettent d’ester en justice sans avoir recours aux services d’un avocat si tel est son souhait. D’ailleurs, à en croire la philosophie qui sous-tend l’Avant-projet, ce dernier vise justement à « faciliter la compréhension des règles de procédure » afin de mieux répondre aux besoins juridiques du citoyen⁷.

³ Avant-projet, *supra* note 2 à la p 2.

⁴ Notes explicatives de l’Avant-projet de loi; document pdf consulté en ligne le 29 septembre 2012 à l’adresse :
<<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/ministre/paj/procedure.htm#philosophie>>.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Supra* note 4.

⁷ Ministère de la Justice Québec, « Nouveau Code de procédure civile : une justice plus rapide et plus économique » (14 septembre 2011), consulté en ligne à l’adresse :
<<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/ministre/paj/procedure.htm>>.

A – Les difficultés liées à la version anglaise de l’Avant-projet

Selon le Barreau du Québec et le Barreau de Montréal, il semble que l’atteinte de cet objectif soit sérieusement compromise en raison des multiples difficultés associées à la version anglaise de l’Avant-projet. L’ampleur du problème a été dévoilée à l’issue d’une révision d’un échantillonnage des articles de l’Avant-projet, effectuée par six avocats⁸ membres du Barreau de Montréal, qui a permis de couvrir près de la moitié des 800 articles proposés, et qui a révélé des problèmes importants dans environ 20 pour cent des articles révisés. Ces problèmes sont variés : terminologie incorrecte ou inconstante, divergences entre les deux versions linguistiques, ambiguïtés, formulations boiteuses, connotations divergentes entre versions, etc.

Il importe de préciser que le but de l’exercice n’était aucunement la recherche de la perfection, celle-ci étant de toute façon irréalisable en rédaction bilingue, mais l’exactitude, norme que toute loi doit respecter, le but d’une loi étant d’énoncer sans équivoque au citoyen ce que le législateur attend de lui. M^e Pierre Fournier, co-président du Comité d’accès à la justice en langue anglaise et l’un des six avocats ayant révisé la version anglaise de l’Avant-projet, le souligne d’ailleurs lorsqu’il exclut la « beauté de la langue anglaise » des critères d’évaluation potentiels des articles révisés, pour ne retenir que deux critères sur lesquels il fonde son évaluation, soit « l’identité de la règle de droit établie par les versions française et anglaise » et « la correction de la langue anglaise utilisée »⁹. À titre d’exemple, le commentaire qui revient invariablement porte sur l’utilisation systématique du terme « *can* » pour traduire le mot « peut », alors que l’utilisation du mot « *may* » aurait été plus appropriée dans un grand nombre de cas. S’il s’agit indubitablement d’une erreur de style regrettable du genre à proscrire en rédaction législative, il est toutefois reconnu que ce genre d’erreur n’est pas de nature suffisamment importante pour justifier la révision du texte de l’Avant-projet¹⁰.

Il n’en est cependant pas de même pour les divergences qui sont de nature à faire perdre des droits aux citoyens, par exemple, lorsqu’il s’agit d’une version qui est plus favorable à une partie qu’à l’autre. Des 64 articles révisés par M^e Fournier, 19 tombent dans cette catégorie, soit, si l’on suppose cet échantillon représentatif, 28 pour cent des articles, ce qui, selon lui, représente quelque 225 sources de litiges inutiles et un coût global qui dépasse le million de dollars. À ceux-ci

⁸ M^e Michael Bergman, M^e Tibor Hollander, M^e Pierre Fournier, M^e Gregory James Moore, M^e Gary Morrison, M^e Marie Christine Kirouack et M^e Daniel Jutras.

⁹ Note de service du 23 octobre 2011 de M^e Pierre Fournier adressée à M^e Nathalie Guertin, au Barreau de Montréal [Fournier].

¹⁰ *Ibid.*

s'ajoutent les problèmes qui, même s'ils ne sont pas de nature à faire perdre des droits (bien que cette possibilité ne saurait être écartée) constituent souvent des divergences entre les versions linguistiques. Au total, la version anglaise de l'échantillon examiné par M^e Fournier n'est pas acceptable dans substantiellement la moitié des cas et 28 pour cent présentent des « déficiences graves » dans la version anglaise¹¹.

Les révisions détaillées effectuées par les six avocats dont il est question ci-dessus fournissent de nombreux exemples des multiples problèmes associés à la version anglaise de l'Avant-projet. Ces commentaires ont d'ailleurs permis au Barreau du Québec de présenter à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec un mémoire¹² dans lequel il fait état des problèmes relevés dans l'Avant-projet et recommande que celui-ci soit révisé afin que ses objectifs soient respectés. Force est en effet de constater que ces problèmes font obstacle à l'accessibilité à la justice civile, à son application économique et à la compréhension des règles de procédure par les citoyens.

II – LE FONDEMENT D'UN ÉVENTUEL RECOURS CONTRE LE GOUVERNEMENT DU QUÉBEC

Le Barreau de Montréal ayant tenté sans succès de négocier une entente concernant la révision de la version anglaise de l'Avant-projet, il examine la possibilité d'un recours en justice afin d'obliger le ministère de la Justice à fournir une version anglaise qui reflète précisément sa version française avant son adoption. À cette fin, le Barreau de Montréal a fait des démarches auprès du Programme d'appui aux droits linguistiques, organisme qui offre un appui financier pour des recours judiciaires qui soulèvent des questions relatives aux droits linguistiques constitutionnels¹³. Ce financement n'est cependant offert que lorsqu'il s'agit d'une cause type, c'est-à-dire une cause qui soulève une question sur laquelle les tribunaux ne se sont jamais prononcés et qui aide à avancer et clarifier l'état du droit¹⁴.

¹¹ *Ibid.*

¹² Barreau du Québec, « Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile », 19 décembre 2011. Le Barreau du Québec a aussi comparu en Commission parlementaire en février 2012 à ce sujet.

¹³ Voir Programme d'appui aux droits linguistiques, en ligne : <www.padl-lrsp.uottawa.ca>.

¹⁴ *Ibid.*

En l'espèce, l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁵ constitue la base d'un éventuel recours contre le gouvernement. Il est ainsi rédigé :

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

Les lois du parlement du Canada et de la législature de Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues [nous soulignons].

Quant à la cause type, les circonstances soulèvent assurément une question sur laquelle, à notre connaissance, les tribunaux ont encore à se prononcer, à savoir : l'obligation constitutionnelle imposée à la législature du Québec par l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* oblige-t-elle le gouvernement du Québec à prendre des mesures pour faire en sorte que la version anglaise des lois reflète adéquatement sa version française dès le moment de son adoption? Nous envisageons ici la situation où le texte proposé dans l'Avant-projet est adopté dans sa version inadéquate et le Barreau de Montréal a ensuite recours aux tribunaux¹⁶. Si tel est le cas, il deviendra alors nécessaire de répondre à certaines questions subsidiaires, notamment : s'il existe une telle obligation, quelle est sa portée? A-t-elle été respectée dans le cas du *Code de procédure civile*? Si la réponse est non, en raison de la pauvre qualité de sa version anglaise, qu'advient-il alors de sa version française?

¹⁵ (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, ann II, n° 5.

¹⁶ Son intérêt pour agir devant les tribunaux lui a été confirmé dans *Québec c Barreau de Montréal*, [2001] RJQ 2058, 2001 CanLII 20651 (CA).

A – L'application de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* au *Code de procédure civile*

La première question est celle de savoir si le *Code de procédure civile* est une « loi de la législature »¹⁷ et donc, s'il est visé par l'article 133. Il ne semble exister aucun doute à ce sujet. L'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile* est un avant-projet de loi qui a été déposé par le ministère de la Justice du Québec à l'Assemblée nationale, qui, avec le lieutenant-gouverneur, exerce le pouvoir législatif du Parlement du Québec¹⁸. Si l'avant-projet est adopté, il sera indubitablement une loi de la législature du Québec¹⁹.

Dans l'arrêt *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, la Cour suprême du Canada a d'ailleurs fourni les explications suivantes sur les sources de procédure civile au Québec :

D'origines fort diverses, les règles de la procédure civile québécoise font partie d'un Code de procédure. À ce titre, elles s'inscrivent dans une tradition juridique différente de la common law. Le droit fondamental en matière de procédure civile demeure celui qu'édicte l'Assemblée nationale. Ses règles se retrouvent dans un code rédigé en termes généraux. La création des règles de droit appartient ainsi principalement au législateur.

Le Code de procédure civile contient l'ordonnancement législatif du droit processuel [nous soulignons]²⁰.

Ainsi, même si le droit procédural reconnaît des pouvoirs inhérents aux tribunaux pour régler des situations non prévues par la loi ou les règles de pratique, la législature québécoise n'a pas laissé aux tribunaux la même marge de liberté dont jouissent les tribunaux des autres provinces et le tribunal québécois ne possède pas le même pouvoir créateur qu'une cour de common law à ce chapitre. La procédure civile se retrouve principalement dans le *Code* et les tribunaux doivent baser leurs décisions sur celui-ci. Bien que d'origine mixte, la procédure civile du Québec demeure un droit écrit et codifié, régi par une tradition d'interprétation

¹⁷ Voir, à ce sujet, *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 RCS 212, 88 DLR (4^e) 385 où la Cour a examiné la question de savoir si certains textes sont ou non de « nature législative » [*Renvoi droits linguistiques*, 1992].

¹⁸ Voir à ce sujet Assemblée nationale Québec, en ligne : <www.assnat.qc.ca>.

¹⁹ Le ministère de la Justice fait référence aux règles qui sont réunies, pour la plupart, dans une « loi » qu'on appelle officiellement le *Code de procédure civile*, *supra* note 7.

²⁰ 2001 CSC 51, [2001] 2 RCS 743 aux para 35-36.

civiliste. Les tribunaux québécois doivent donc trouver leur marge d'interprétation et de développement du droit à l'intérieur du cadre juridique que constituent le *Code* et les principes généraux de procédure qui le sous-tendent²¹.

III – LA PORTÉE DE L'ARTICLE 133 DE LA LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1867 AU QUÉBEC

Le Québec n'est pas la seule province au Canada assujettie à une obligation constitutionnelle en matière de bilinguisme législatif. L'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* impose une obligation semblable au Manitoba et le Nouveau-Brunswick est assujetti au paragraphe 18(2) de la *Charte Canadienne des droits et libertés*. Le Parlement, quant à lui, est assujetti à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ainsi qu'au paragraphe 18(1) de la *Charte*²². Dans le cadre d'un examen de la jurisprudence à ce sujet, il convient de noter que l'interprétation qui a été donnée à l'article 133 sert généralement de modèle pour l'interprétation de garanties analogues inscrites à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et dans les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*²³, et vice versa. Si la Cour suprême du Canada ne s'est pas prononcée directement sur les questions auxquelles nous cherchons une réponse, ce sont principalement ses décisions à l'égard de ces dispositions qui offrent les lignes directrices qui nous permettent d'envisager l'issue possible au problème qui nous occupe.

A – Les obstacles à l'article 133 au Québec

Dans l'arrêt *Proc. Gén. du Québec c. Blaikie et autres*²⁴, la Cour suprême du Canada a jugé que l'article 133, qui, comme nous l'avons vu, crée l'obligation de faire imprimer et publier les lois du Parlement et de législature du Québec dans les deux langues officielles, s'étend au processus d'adoption des lois de sorte que les deux versions sont authentiques :

On a soutenu devant la Cour que cette exigence ne vise pas l'adoption des lois dans les deux langues, mais seulement leur impression et leur publication. Cependant, si l'on donne à chaque

²¹ *Ibid* aux para 37-39.

²² Voir Michel Bastarache et al, *Le droit de l'interprétation bilingue*, 1^{re} éd, Montréal (Qc), LexisNexis, 2009 à la p 26 [Bastarache, *Interprétation*].

²³ Michel Bastarache, dir, *Les droits linguistiques au Canada*, 2^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2004 à la p 55 [Bastarache, *Droits linguistiques*].

²⁴ [1979] 2 RCS 1016, 1979 CanLII 21 [Blaikie n° 1].

mot de l'art. 133 toute sa portée, il devient évident que cette exigence est implicite. Ce qui doit être imprimé et publié dans les deux langues, ce sont les « lois », et un texte ne devient « loi » que s'il est adopté. Les textes législatifs ne peuvent être connus du public que s'ils sont imprimés et publiés lors de leur adoption qui transforme les projets de loi en lois²⁵.

Il s'agissait, dans cette affaire, des dispositions de la *Charte de la langue française*, destinée à faire du français la seule langue officielle du Québec. Les dispositions contestées prévoyaient, entre autres, que le français était la langue de la législation et de la justice au Québec (art. 7), que les projets de loi étaient rédigés dans la langue officielle, déposés à l'Assemblée nationale en cette langue et adoptés et sanctionnés (art. 8) et que seul le texte français des lois et des règlements était officiel (art. 9). Ces dispositions ont toutes été déclarées incompatibles avec l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et inconstitutionnelles. La Cour a aussi confirmé que l'article 133 était une disposition intangible que le Parlement et la législature du Québec ne pouvaient modifier unilatéralement. Aujourd'hui, la *Charte de la langue française* du Québec ne prévoit toujours que la publication en français²⁶, mais sous réserve des exigences de l'article 133, ce qui assure le respect des exigences posées par l'article 133 en matière d'impression et de publication des lois dans les deux langues, « mais pas au-delà du strict nécessaire »²⁷.

Dans le contexte Québécois, la recherche de l'égalité entraînerait en effet « une reconnaissance législative de la prééminence de la langue française sur la langue anglaise »²⁸, ce qui ne saurait certes aucunement justifier le non-respect des obligations constitutionnelles en matière de bilinguisme législatif. Toutefois, le particularisme culturel et linguistique de chaque province, ainsi que les facteurs historiques, politiques et démographiques qui s'y rapportent, expliquent pourquoi le degré de bilinguisme législatif varie considérablement d'une province à l'autre, ce qui se traduit d'ailleurs par des différences dans le processus de rédaction législative adopté dans chaque province pour satisfaire aux obligations à ce chapitre.

²⁵ *Ibid* à la p 1022. La Cour a plus tard confirmé, dans *Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 RCS 721, 19 DLR (4^e) 1, que l'usage simultané de l'anglais et du français est requis pendant tout le processus d'adoption des lois [*Renvoi droits linguistiques*, 1985].

²⁶ LRQ, c C-11, art 90.

²⁷ Voir Bastarache, *Droits linguistiques*, *supra* note 23 à la p 64.

²⁸ Benoît Pelletier, « La dynamique linguistique au Québec : les relations entre la majorité francophone et la minorité anglophone » dans *Les droits linguistiques au Canada : collisions ou collisions?* Actes du premier colloque tenu à l'Université d'Ottawa du 4 au 6 novembre 1993, Université d'Ottawa, Ottawa, 1995 à la p 146.

Quels que soient les facteurs qui puissent expliquer la situation actuelle au Québec, il convient de mentionner que rien n'empêche l'Assemblée nationale du Québec de renforcer les garanties telles qu'elles sont actuellement définies si elle juge opportun de le faire. La *Charte canadienne des droits et libertés*, selon laquelle le Parlement ou une législature a le pouvoir de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais, permet en effet d'affirmer que « l'article 133 est un jalon et non pas une ligne d'arrivée »²⁹. Vu les obstacles auquel s'est heurté l'article 133 au Québec, il semble cependant plus probable que toute progression à cet égard sera due à l'intervention des tribunaux plutôt qu'à un acte positif de la part du gouvernement du Québec. Toute évolution à ce chapitre ne servirait pourtant pas juste à raffermir les droits de la communauté anglophone du Québec, puisque la dualité linguistique en matière législative assure aussi bien l'accès égal de qualité égale à la justice à la minorité anglophone qu'à la majorité francophone du Québec. Les deux groupes sont en effet aussi susceptibles l'un que l'autre de subir un préjudice en raison des ambiguïtés entre les deux versions du *Code de procédure civile*, ces ambiguïtés ne pouvant être résolues que par la lecture commune des deux versions linguistiques, comme nous allons le voir plus loin.

IV – L'AUTHENTICITÉ DES VERSIONS FRANÇAISE ET ANGLAISE DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE ET SES CONSÉQUENCES

Outre de confirmer l'application de l'article 133 au processus d'adoption des lois, la Cour suprême du Canada dans *Blaikie n° 1* a confirmé³⁰ que l'article 133 exige qu'un statut officiel soit reconnu à l'anglais et au français dans l'impression et la publication des lois de la législature du Québec. Il s'ensuit que les deux versions énoncent le droit avec la même autorité, puisqu'il n'existe aucune règle donnant préséance à une version sur une autre. C'est sur la base de cette logique³¹ que l'article 133 a été consacré comme fondement de la règle d'égale autorité, règle qui avait d'abord été énoncée en 1891 à l'égard du *Code civil du Québec*³², puis en 1935 à l'égard de la législation fédérale³³. En 1891, le juge Taschereau l'avait ainsi formulée :

²⁹ Bastarache, *Droits linguistiques*, *supra* note 23 à la p 54.

³⁰ *Supra* note 24 à la p 1022.

³¹ Voir Bastarache, *Interprétation*, *supra* note 22 aux pp 16-24, où le cheminement de la règle d'égale autorité est expliqué. Voir aussi Rémi Michel Beaupré, *Interprétation de la législation bilingue*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986 à la p 8, note 13 [Beaupré].

³² Dans l'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. c Robinson*, 19 RCS 292, [1891] ACS n° 26 (QL) [*Canadian Pacific Railway*].

³³ Dans l'arrêt *R c Dubois*, [1935] RCS 378, [1935] 3 DLR 209.

Je suppose que le fait que la disposition ait d'abord été rédigée en français ou en anglais n'a aucune importance, s'il n'existe aucune contradiction absolue entre les deux versions. En cas d'ambiguïté, lorsqu'il n'est pas possible de concilier les deux versions, il faut interpréter l'une à la lumière de l'autre. La version anglaise ne peut être lue isolément. Elle est présentée à l'assemblée législative, adoptée et sanctionnée simultanément avec la version française et a tout autant force de loi que cette dernière.³⁴

La règle d'égale autorité a depuis été entérinée par l'article 18 de la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁵, qui s'applique seulement à la législation fédérale et à celle de la province du Nouveau-Brunswick. La règle s'applique cependant aussi à la législation provinciale et territoriale avec plus ou moins d'intensité³⁶. Au Québec, c'est l'article 7 de la *Charte de la langue française*³⁷ qui lui donne son statut législatif. Celui-ci prévoit ce qui suit :

7. Le français est la langue de la législation et de la justice au Québec sous réserve de ce qui suit :

1° les projets de loi sont imprimés, publiés, adoptés et sanctionnés en français et en anglais, et les lois sont imprimées et publiées dans ces deux langues;

2° les règlements et les autres actes de nature similaire auxquels s'applique l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont pris, adoptés ou délivrés, et imprimés et publiés en français et en anglais;

3° les versions française et anglaise des textes visés aux paragraphes 1° et 2° ont la même valeur juridique [nous soulignons];

4° toute personne peut employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux du Québec et dans tous les actes de procédure qui en découlent.

³⁴ *Canadian Pacific Railway*, *supra* note 32 à la p 325.

³⁵ *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.

³⁶ Voir Bastarache, *Interprétation*, *supra* note 22 aux pp 26-29.

³⁷ LRQ, c C-11.

Il importe cependant de noter que le paragraphe 7(3) de la *Charte de la langue française* ne s'applique qu'aux documents visés par l'article 133³⁸. Lorsqu'il s'agit d'un texte qui échappe à l'article 133, l'article 8 de la *Charte* précise alors que c'est la version française qui l'emporte. Encore une fois, le principe de l'égalité est donc respecté, « mais dans les strictes limites de la Constitution »³⁹.

L'arrêt *Doré c. Verdun (Ville)*, auquel nous reviendrons plus loin, fourni un exemple particulièrement pertinent de l'application de l'article 7 de la *Charte de la langue française*. La Cour suprême du Canada y a énoncé ce qui suit :

Dans le jugement dont appel, le juge Baudouin a rejeté cet argument en se fondant, en partie, sur le fait que la version anglaise du *Code civil* n'est « qu'une simple traduction de la version originale française » (p. 1327). Avec égards, malgré la véracité de ce fait regrettable, celui-ci ne peut servir à écarter l'argument avancé par l'appelante. L'article 7 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11, édicte que les versions française et anglaise des lois québécoises « ont la même valeur juridique », ceci en conformité avec l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui exige que les lois de la législature du Québec soient adoptées dans les deux langues officielles, qu'elles fassent pareillement autorité et qu'elles aient le même statut.⁴⁰

Comme nous l'avons vu, le *Code de procédure civile* est un texte visé par l'article 133 et la règle d'égalité s'y applique donc. Par conséquent, ses deux versions linguistiques constituent deux énoncés de la loi aussi valables l'une que l'autre; elles ont la même valeur et ont toutes deux force de loi; peu importe la piètre qualité de la version anglaise, elle ne saurait être considérée comme la traduction de la version française et les ambiguïtés entre ces versions ne peuvent être résolues en ayant recours à une règle de préséance.

A – Les conséquences des divergences entre les versions linguistiques du *Code de procédure civile*

La règle d'égalité, et par conséquent le but de l'article 133, sont mis à échec si les deux versions d'une loi ont une signification différente. Bien qu'il

³⁸ Voir à ce sujet *Renvoi droits linguistiques*, 1992, *supra* note 17 où la Cour a traité la question de savoir quels documents étaient de « nature législative » et couverts par l'article 133.

³⁹ Bastarache, *Droits linguistiques*, *supra* note 23 à la p 87.

⁴⁰ [1997] 2 RCS 862 au paragraphe 24, 150 DLR (4^e) 385 [*Doré*].

soit admis qu'en pratique, les différences entre les versions sont inévitables⁴¹ – comme nous l'avons expliqué, le Barreau de Montréal ne recherche d'ailleurs pas la perfection entre les deux versions – le plus d'ambiguïtés et de divergences se trouvent dans une loi, le moins la loi est accessible et compréhensible au citoyen. Il s'ensuit que l'occurrence particulièrement élevée des ambiguïtés et des divergences entre les deux versions linguistiques de l'Avant-projet a pour effet de rendre le texte inaccessible aux citoyens des deux groupes linguistiques. Effectivement, le corollaire de la règle d'égale autorité est qu'un citoyen ne peut se fier à une seule version pour bien comprendre la loi parce qu'il ne peut présumer que les deux versions disent la même chose. Comme l'a expliqué Sullivan :

Le caractère inévitable des divergences entre les formes d'expression anglaises et françaises, combiné avec la règle d'égale autorité, fait qu'il est dangereux pour un citoyen de se fier uniquement à une seule version, et totalement inacceptable pour un interprète officiel. Si les deux versions disent des choses différentes, aucune version ne peut être considérée comme étant une expression de la loi plus fidèle ou exacte que l'autre. Par conséquent, les deux doivent être lues avec soin et être prises en compte pour la résolution des questions d'interprétation.⁴²

Si la lecture des deux versions linguistiques d'une loi est nécessaire à la bonne compréhension de cette loi, il s'ensuit que les divergences entre les versions française et anglaise du *Code de procédure civile* sont susceptibles de porter atteinte aux droits des anglophones aussi bien qu'à ceux des francophones, car le sens ne leur sera simplement pas aisément accessible. Par conséquent, comme l'a d'ailleurs indiqué M^e Pierre Fournier, la situation est susceptible de donner lieu à des recours aux tribunaux, recours qui pourraient sinon être entièrement éliminés, au moins se trouver largement réduits si la version anglaise du texte proposé dans l'Avant-projet était révisée pour éliminer les ambiguïtés et les divergences qui existent présentement entre les versions.

⁴¹ Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd, Markham (Ont), Butterworths, 2002 à la p 77 [Sullivan].

⁴² Traduction citée dans Bastarache, *Interprétation*, *supra* note 22 à la p 32; pour le texte original en anglais, voir Sullivan, *ibid* aux pp 77-78. Voir aussi Robert Leckey, « Harmoniser le droit dans un espace multilingue et pluri-juridique : un point de vue canadien » (2008) *Rev dr unif* 39 aux pp 44-45.

B – Les règles d'interprétation des lois bilingues

Ces divergences devront en effet être résolues par les tribunaux, qui ont, au cours des années, énoncé des règles d'interprétation pour ce faire. L'examen approfondi des règles d'interprétation des lois bilingues dépasse le cadre de notre travail et le lecteur est renvoyé aux divers ouvrages des spécialistes qui se sont penchés sur la question⁴³. Permettons-nous simplement de citer Pierre-André Côté, qui nous explique la règle de base ainsi :

Sauf disposition légale contraire, toute divergence entre les deux versions officielles d'un texte législatif est résolu en dégageant, si c'est possible, le sens qui est commun aux deux versions. Si cela n'est pas possible, ou si le sens commun ainsi dégagé paraît contraire à l'intention de législateur révélée par le recours aux règles ordinaires d'interprétation, on doit entendre le texte dans le sens qu'indiquent ces règles.⁴⁴

Le sens commun est donc toujours subordonné à l'intention du législateur, qui « constitue la pierre angulaire de l'interprétation des lois »⁴⁵. Selon certains, il est cependant quelque peu artificiel de dire que l'intention législative ressort de la lecture des deux versions, puisque leur compatibilité découle en fait de l'intervention des rédacteurs et des traducteurs dans le processus législatif, et non des législateurs eux-mêmes⁴⁶. Quoi qu'il en soit, la règle du sens commun est nécessaire et son inobservation aurait des conséquences fâcheuses dans une situation où les deux versions d'une loi se contredisent et l'une des parties à une instance se fonde sur la version française, tandis que l'autre partie se fonde sur la version anglaise, chacune parvenant à un résultat différent en appliquant pourtant la même disposition aux mêmes faits⁴⁷. Prenons l'exemple du texte de l'Avant-projet. Premièrement, à ceux qui maîtrisent les deux langues officielles s'ouvre la possibilité de s'appuyer sur l'une ou l'autre des versions qui les favorise en cas de divergence entre les versions. Deuxièmement, si une bonne compréhension de la loi exige une lecture des deux versions linguistiques, cette lecture, ainsi que la

⁴³ Pour un court résumé des principes d'interprétation, voir les paragraphes 26 à 31 de l'arrêt *R c Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 RCS 217. Pour un examen plus complet de ces règles, voir Beupré, *supra* note 31 et Bastarache, *Interprétation*, *supra* note 22.

⁴⁴ Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 4^e éd, Montréal, Thémis, 2009 à la p 372.

⁴⁵ Michel Bastarache, « Les difficultés relatives à la détermination de l'intention législative dans le contexte de bijuridisme et du bilinguisme canadien » dans Jean-Claude Gémard et Nicholas Kasirer, *Jurilinguistique : entre langues et droits*, Montréal, Thémis, 2005 à la p 95 [Jurilinguistique].

⁴⁶ Bastarache, *Interprétation*, *supra* note 22 à la p 7.

⁴⁷ *Ibid* à la p 34.

recherche du sens commun ou, le cas échéant, de l'intention législative, est au-delà d'un bon nombre de citoyens qui ne sont pas en mesure de lire et de comprendre les deux versions linguistiques et qui doivent se fier aux interprètes de la loi pour le faire. Même si cette dernière situation ne peut certes pas toujours être évitée⁴⁸, le *Code de procédure civile* a pour objet, nous le rappelons, d'assurer « l'accessibilité à la justice civile » et d'en « diminuer les coûts ». Il appartient donc sûrement au législateur de prendre des mesures raisonnables pour faire en sorte que les deux versions d'une loi disent au moins la même chose, et, sans s'attendre à la norme de la perfection, contiennent aussi peu de divergences, d'ambiguïtés et de fautes possibles. Cela n'est cependant possible que si la méthode de rédaction législative adoptée permet raisonnablement d'atteindre cet objectif.

V – LA MÉTHODE DE RÉDACTION LÉGISLATIVE AU QUÉBEC

Il semble que la méthode de traduction adoptée pour le *Code de procédure civile* soit la même que celle qui a donné lieu à tellement de difficultés depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en 1994. Il s'agit de la traduction « en vase clos »⁴⁹, c'est-à-dire que les textes sont d'abord élaborés par un rédacteur législatif en français, pour ensuite être acheminés à la traduction sous forme de produit fini ou quasi fini, le processus rendant tout au moins les occasions de concertation entre rédacteur et traducteur plus ardues. Dans le cas du texte de l'Avant-projet, comme dans le cas du *Code civil* avant lui, ce sont les traducteurs de l'Assemblée nationale qui ont effectué la traduction vers l'anglais. De toute évidence, ceux-ci ne sont ni juristes ni jurilinguistes⁵⁰. Pourtant, cette même

⁴⁸ « L'interprétation uniforme nécessite [...] une méthode d'interprétation bilingue dont nous savons dès le départ qu'elle ne sera pas accessible à tous », cité dans Bastarache, *Interprétation*, *supra* note 22 à la p 4. Voir aussi Pierre-André Côté, « La tension entre l'intelligibilité et l'uniformité dans l'interprétation des lois plurilingues » dans *Jurilinguistique*, *supra* note 45 aux pp 137-43, où il est dit que le plurilinguisme législatif a pour effet de favoriser et de compromettre à la fois l'intelligibilité des normes de source légale.

⁴⁹ Voir à ce sujet Guy Jourdain, « La législation bilingue au Manitoba : le rêve d'une version française faite sur mesure pour son auditoire » (2002) 47 : 2 *Meta* : journal des traducteurs/*Meta* : Translator's Journal 244 à la p 253 [Jourdain].

⁵⁰ Conversation avec M^c Pierre Fournier, membre du Barreau de Montréal et co-président du Comité d'accès à la justice en langue anglaise. Voir aussi, Edmund Coates, « Des idées en revue – Nettoyer la voix anglaise du Code civil du Québec », *Le Devoir*, 2 juillet 2013 [Coates 1], où il est mentionné que Mme Louise Harel, membre de l'opposition à l'Assemblée nationale en 1994, avait exprimé son inquiétude sur ce point en soulignant que la traduction du *Code civil* n'avait pas été effectuée par des juristes, mais par des traducteurs formés en littérature.

méthode de traduction a donné lieu à tellement d'erreurs de traduction dans le *Code civil* que plus de 5 000 modifications ont été recommandées par le comité conjoint formé pour entreprendre le processus de révision⁵¹. Selon le professeur John Brierly, que le gouvernement avait chargé de produire un rapport confidentiel sur la situation :

The disparity between the two language versions is omnipresent and too obvious. [...] There remains, however, in the final English version, an embarrassingly long list of apparent errors, gallicisms, poor word choices, infelicities, lack of concordance, solecisms, literal renderings and instances where there is indecisiveness as to which term will be the principal term.⁵²

Il aura fallu cinq années d'échange avec le comité spécial créé par le ministère de la Justice pour étudier les nombreuses modifications proposées pour que les efforts du comité conjoint portent fruit. En 2009, l'Assemblée nationale du Québec a adopté la *Loi sur le recueil des lois et des règlements du Québec*⁵³, qui, entre autres, donne au ministère de la Justice le pouvoir d'« apporter, si l'intention est par ailleurs manifeste, des corrections mineures aux textes pour effectuer une concordance, entre autres, entre leurs versions anglaise et française ». C'est par cette voie administrative que la majorité des améliorations ont été apportées à la version anglaise du *Code civil*⁵⁴. Comme l'a remarqué M^e Edmund William Coates, cette disposition soulève certaines questions, y compris celle de savoir si ce genre de pouvoir suppose qu'il existe une norme objective quant à la clarté d'intention et quant au sens⁵⁵? Il nous semble que cette disposition constitue tout

⁵¹ Coates 1, *ibid.* Voir aussi Barbara McClintok, « Twentieth anniversary of the Civil Code of Quebec: the English translation of the Civil Code of Quebec: a controversy », *The Journal of Specialised Translation*, Issue 23 – January 2015.

⁵² Voir Edmund Coates, « The English Voice of the *Civil Code of Québec*: An Unfinished History » (2011) 70 *Revue du Barreau du Québec* 43 à la p 52 [Coates 2]; Voir aussi les commentaires de Casper M. Bloom, c.r. à ce sujet dans « Access to Justice in English in the Judicial District of Montréal – A Unique Experience » dans André Braën, Pierre Foucher et Yves Le Bouthillier, dir, *Languages, Constitutionalism and Minorities/Langues, constitutionnalisme et minorités*, Markham (Ont), LexisNexis, 2006, 433 à la p 438.

⁵³ LRQ, c R-2.2.0.0.2.

⁵⁴ Voir Coates 2, *supra* note 52 à la p 56. Selon Coates, pas moins de 3 566 modifications auraient été apportées au *Code civil* par cette voie administrative : voir Edmund Coates, « Getting it right in English has enhanced the Civil Code », *The Montreal Gazette*, 22 mai 2014.

⁵⁵ La confusion semble aussi régner quant à savoir s'il est approprié de corriger les nombreuses erreurs de traduction par le biais de mises à jour ou par le biais d'un projet de loi visant à « harmoniser » les deux versions; à ce sujet, voir *Journal des débats de la Commission des institutions*, 39^e législature, 1^{re} session, le mardi 29 septembre 2009, vol 41 n^o 25, en ligne :

au moins une reconnaissance implicite de la part du législateur de son obligation de prendre des mesures raisonnables pour faire en sorte que les versions anglaise et française d'une loi concordent.

Les quelques centaines de modifications nécessaires pour corriger le fond des dispositions, quant à elles, devront se faire par voie législative. Une affaire qui demeure toujours à régler plus de 21 ans après l'adoption du *Code civil du Québec*⁵⁶.

VI – LES MÉTHODES DE RÉDACTION LÉGISLATIVE ADOPTÉES HORS QUÉBEC

Comme en témoigne l'expérience d'autres gouvernements assujettis à des obligations en matière de bilinguisme législatif, les problèmes associés à la méthode de traduction adoptée au Québec ne sont aucunement insurmontables. Ainsi, jusque dans les années 1970, les lois fédérales aussi étaient traduites « en vase clos », par des traducteurs auxquels on ne reconnaissait aucune compétence en droit⁵⁷. En 1978, après des décennies de traduction des lois fédérales, de l'anglais vers le français, la traduction est cependant remplacée par la corédaction. Depuis, les textes de loi émanant du gouvernement fédéral sont rédigés par une équipe de deux légistes bilingues composée d'un juriste francophone et d'un juriste anglophone. La rédaction est suivie d'une révision systématique des deux textes par des réviseurs qui veillent à la justesse des solutions retenues et à la concordance des versions. Les textes sont ensuite examinés par des jurilinguistes, des spécialistes de la langue du droit qui ne sont pas forcément diplômés en droit et à qui revient la tâche de s'assurer que les deux textes sont équivalents, non seulement quant à leur sens, mais aussi d'un point de vue culturel⁵⁸. Depuis le début des années 80, un procédé semblable est aussi adopté pour la rédaction des lois au Nouveau-Brunswick. Puisque, dans le processus de corédaction, aucune des versions n'est supposée être une traduction de l'autre et aucune des langues

<http://www.assnat.qc.ca/Archives/fra/39Legislature1/DEBATS/journal/ci/090922.htm#_Toc246143383>.

⁵⁶ Cette page a été actualisée le 9 avril 2015 pour tenir compte des modifications apportées au *Code civil de Québec* depuis la rédaction du présent article en 2012.

⁵⁷ Voir Lionel A. Levert, « La cohabitation du bilinguisme et du bijuridisme dans la législation fédérale canadienne : mythe ou réalité » (2000) 3 RCLF 127 à la p 129.

⁵⁸ Au sujet de la corédaction, voir Susan Sarcevic, « The Quest for Legislative Bilingualism and Multilingualism: Co-drafting in Canada and Switzerland » dans *Jurilinguistique*, *supra* note 45 à la p 281; Jourdain, *supra* note 49 à la p 252; Michael Wood, « Drafting Bilingual Legislation in Canada: Examples of Beneficial Cross-Pollination Between the Two Language Versions » (1996) 17:1 Statute Law Review à la p 69 [Wood].

n'est « à la remorque »⁵⁹ de l'autre, le processus lui-même est considéré respecter l'égalité des droits des francophones et des anglophones. L'objectif de la corédaction n'était d'ailleurs pas d'écarter la traduction de façon délibérée, mais plutôt d'adopter un processus grâce auquel l'égalité de ces droits serait respectée⁶⁰.

Pour bien fonctionner, la corédaction présuppose l'existence d'un appareil législatif capable d'œuvrer dans les deux langues officielles. C'est le cas au gouvernement fédéral et au Nouveau-Brunswick. Ailleurs, les législatures qui légifèrent dans les deux langues officielles ont toujours recours à la traduction, qui n'est aucunement un procédé à proscrire dans le processus législatif, à condition qu'elle soit effectuée dans des conditions appropriées. En premier lieu, il ne faut pas supposer que la langue dans laquelle la loi a initialement été rédigée rend nécessairement mieux l'intention du législateur⁶¹. L'opération critique qu'est la traduction révèle en effet parfois les ambiguïtés du texte de départ et la version traduite est parfois la plus précise des deux⁶², ce qui, selon M^e Fournier, est d'ailleurs le cas dans plusieurs dispositions du texte de l'Avant-projet lui-même⁶³. Comme le disait l'ancien juge Louis-Philippe Pigeon :

Rien n'est plus difficile que de déceler [dans un texte de loi] les ambiguïtés insoupçonnées. À cet égard, la traduction dans l'autre langue est extrêmement utile parce que celui qui regarde le texte de façon à l'exprimer dans une autre langue est beaucoup plus porté que l'auteur à percevoir ce genre d'ambiguïtés.⁶⁴

En deuxième lieu, la piètre qualité des traductions des lois avant l'introduction de la corédaction n'était qu'une conséquence inévitable des conditions dans lesquelles les traducteurs travaillaient alors⁶⁵. S'attendre à une traduction acceptable, dans n'importe quel domaine hautement spécialisé, de la part d'un traducteur qui n'a ni compétence ou connaissance particulière de la matière qu'il traduit, ni accès au rédacteur de la version originale pour en clarifier le sens en cas d'ambiguïtés relève tout simplement de l'impossible. Comme l'a expliqué Rémi Beaudré, les problèmes qui font l'objet de décisions judiciaires font ressortir le fait que le traducteur n'a pas été supervisé efficacement par le

⁵⁹ Voir Judith Lavoie, « Le discours sur la traduction juridique au Canada » (2002) 47:2 *Meta* : journal des traducteurs/*Meta* : Translators' Journal 198 à la p 205 [Lavoie].

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Voir ce qui est dit à ce sujet dans Bastarache, *Droits linguistiques*, *supra* note 23 à la p 135.

⁶² Voir par exemple, Wood, *supra* note 58 à la p 77 et Lavoie, *supra* note 59 à la p 200.

⁶³ Fournier, *supra* note 9.

⁶⁴ Cité dans Lavoie, *supra* note 59 à la p 207.

⁶⁵ Voir Jourdain, *supra* note 49 à la p 253, qui décrit ces conditions.

rédacteur de la version originale. Or, un travail « en consultation avec un traducteur ou un collègue juriste responsable de la préparation de l'autre version a invariablement un effet positif sur la qualité du projet original lui-même en ce sens que des ambiguïtés cachées, découvertes par le traducteur ou le collègue juriste peuvent être décelées à l'étape appropriée et éliminées »⁶⁶. À titre d'exemple, les provinces du Manitoba et de l'Ontario⁶⁷ adoptent toutes les deux un processus de traduction législative qui, à notre connaissance, ne cause aucun des problèmes associés à la traduction « en vase clos » parce qu'à la différence de cette dernière, la traduction est faite en tandem avec les rédacteurs et le traducteur à l'occasion d'interagir avec ceux-ci. En fait, ce qui importe, aussi bien dans le processus de traduction que dans celui de la corédaction, est l'existence d'un processus dialogique⁶⁸ entre les auteurs des versions linguistiques. Comme l'a dit Michael Wood :

[I]l est essentiel que chaque version soit comparée et accordée à l'autre afin que les deux véhiculent le même message, sans quoi, sur le plan du droit, on crée l'incertitude. Il est bon, en outre, qu'aucune des deux versions ne soit finalisée avant que l'on ait procédé à la comparaison et à l'ajustement des deux textes. Il n'y a jamais, entre deux langues, identité de structure et, même au plan de la terminologie, on ne peut pas toujours trouver des équivalents exacts. Parfois une idée est exprimée plus simplement dans une langue que dans l'autre. En comparant les deux versions, on aperçoit des cas où il en est ainsi, les rédacteurs étant alors portés à modifier l'une ou l'autre des deux versions, ou les deux, afin d'éclaircir le sens qu'on entend lui donner.⁶⁹

Quelle que soit la méthode qui pourrait éventuellement être retenue par le Québec, il nous semble évident que l'une ou l'autre de ces méthodes serait une considérable amélioration par rapport à la traduction « en vase clos », méthode qui est d'ailleurs aujourd'hui considérée « dépassée » en rédaction législative bilingue⁷⁰.

⁶⁶ Voir Beaupré, *supra* 31 aux pp 209-10.

⁶⁷ Pour ce qui est de l'Ontario, voir par exemple Michael J.B. Wood, « Drafting Bilingual Legislation in Canada: Examples of Beneficial Cross-Pollination between the Two Language Versions » (1996) 17 Stat L Rev 66.

⁶⁸ Voir Aileen Doetsch, « La corédaction des lois canadiennes : historique, pratique, apports » dans Marie Cornu et Michel Moreau, dir, *Traduction du droit et droit de la traduction*, Paris, Dalloz, 2011, 51 aux pp 56-57.

⁶⁹ Cité en français dans Bastarache, *Droits linguistiques*, *supra* note 23 à la p 124.

⁷⁰ Voir Jourdain, *supra* note 49 à la p 253.

VII – LES INSUFFISANCES DE LA MÉTHODE DE TRADUCTION DES LOIS AU QUÉBEC ENFREIGNENT-ELLES L'ARTICLE 133?

Il n'existe pas, à notre connaissance, de décisions jurisprudentielles qui explicitent l'existence d'une norme de qualité linguistique à laquelle seraient assujettis les législateurs afin de satisfaire aux obligations que leur impose l'article 133. Toutefois, des conclusions peuvent être tirées des décisions jurisprudentielles, particulièrement celles de la Cour suprême du Canada, dans lesquelles cette dernière s'est prononcée sur l'objet de l'article 133.

Ainsi, dans le *Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba*⁷¹, la Cour a déterminé que l'article 133 avait pour objet « d'assurer aux francophones et aux anglophones l'accès égal aux corps législatifs, aux lois et aux tribunaux » [nous soulignons]⁷². Ayant confirmé ce principe sept ans plus tard, la Cour suprême du Canada a déclaré devoir s'assurer qu'il ne soit pas fait obstacle à ce but⁷³. Comme nous l'avons déjà remarqué, il nous semble cependant incontestable que la présente version de l'Avant-projet fait obstacle à l'atteinte de cet objectif. Si l'Avant-projet est adopté dans sa présente version, le Barreau de Montréal (ou du Québec, le cas échéant) devrait donc pouvoir être en mesure de convaincre un tribunal que l'article 133 n'a pas été respecté, dans la mesure où l'accès égal aux lois ne peut être garanti aux deux groupes de langue officielle dans des circonstances où les versions linguistiques d'une même loi présentent tant de divergences. Dans les circonstances, l'adoption de l'Avant-projet dans sa forme actuelle, est donc capable, à notre avis, d'enfreindre l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Il est vrai que dans l'arrêt *Doré c. Verdun*, la Cour avait rejeté les arguments qui s'appuyaient sur la mauvaise qualité de la version anglaise du *Code civil du Québec*, et, ayant pourtant reconnu « la véracité de ce fait regrettable »⁷⁴, avait tout de même appliqué la règle d'égale autorité à la disposition contestée. Dans la mesure où, dans cette affaire, il s'agissait seulement d'interpréter un article du *Code civil*, et non pas de statuer sur les obligations qu'impose généralement l'article 133 en matière de rédaction législative, nous sommes d'avis que l'arrêt *Doré c. Verdun* peut cependant légitimement être écarté et ne devrait aucunement faire obstacle à notre conclusion.

⁷¹ *Supra* note 25 au para 45. Il s'agissait de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, dont la formulation est semblable à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁷² *Ibid* au para 45.

⁷³ Voir *Renvoi droits linguistiques*, 1992, *supra* note 17.

⁷⁴ *Supra* note 40 au para 24.

Le droit est en constante évolution et les droits linguistiques ne font pas exception. Si, au fil du temps, les tribunaux ont interprété ces derniers d'abord de manière libérale⁷⁵, ensuite de manière plus restrictive⁷⁶, la tendance actuelle favorise une interprétation libérale axée sur l'objet de la disposition, tendance qui est donc susceptible de favoriser un recours éventuel aux tribunaux sur la question de l'existence d'une éventuelle norme linguistique implicite à l'objet de l'article 133. Dans l'arrêt *R. c. Beaulac*⁷⁷, qui signalerait d'ailleurs la fin de la notion de compromis politique ayant servi de fondement à l'approche restrictive adoptée par la Cour suprême du Canada en 1986, la Cour y a exprimé ce qui suit :

Les droits linguistiques ne sont pas des droits négatifs, ni des droits passifs; ils ne peuvent être exercés que si les moyens en sont fournis. Cela concorde avec l'idée préconisée en droit international que la liberté de choisir est dénuée de sens en l'absence d'un devoir de l'État de prendre des mesures positives pour mettre en application des garanties linguistiques.

Notre Cour a reconnu que l'égalité réelle est la norme applicable en droit canadien. Quand on instaure le bilinguisme institutionnel dans les tribunaux, il s'agit de l'accès égal à des services de qualité égale pour les membres des collectivités des deux langues officielles au Canada.

Ce principe d'égalité réelle a une signification. Il signifie notamment que les droits linguistiques de nature institutionnelle exigent des mesures gouvernementales pour leur mise en œuvre et créent, en conséquence, des obligations pour l'État. [...] Il signifie également que l'exercice de droits linguistiques ne doit pas être considéré comme exceptionnel, ni comme une sorte de réponse à une demande d'accommodement.

Les droits linguistiques doivent dans tous les cas être interprétés en fonction de leur objet, de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au

⁷⁵ Voir *Jones c Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 RCS 182, 7 RNB (2^e) 526; *Blaikie n° 1*, supra note 24; *Procureur général du Québec c Blaikie et autres*, [1981] 1 RCS 312, 123 DLR (3^e) 15; *Renvoi droits linguistiques, 1985*, supra note 25.

⁷⁶ Voir la trilogie de 1986 : *Bilodeau c P.G. (Man.)*, [1986] 1 RCS 449, 42 Man R (2^e) 242; *MacDonald c Ville de Montréal*, [1986] 1 RCS 460, 27 DLR (4^e) 321; *Société des Acadiens c Association of Parents*, [1986] 1 RCS 549, 27 DLR (4^e) 406.

⁷⁷ [1999] 1 RCS 768, 173 DLR (4^e) 193. Voir l'examen des droits linguistiques entrepris par le juge Bastarache aux para 13-25.

Canada; [...] Dans la mesure où l'arrêt *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick*, précité, aux pp. 579 et 580, préconise une interprétation restrictive des droits linguistiques, il doit être écarté. La crainte qu'une interprétation libérale des droits linguistiques fera que les provinces seront moins disposées à prendre part à l'expansion géographique de ces droits est incompatible avec la nécessité d'interpréter les droits linguistiques comme un outil essentiel au maintien et à la protection des collectivités de langue officielle là où ils s'appliquent [nous soulignons]⁷⁸.

Comme l'a expliqué André Braën⁷⁹, cette décision vise à établir sans équivoque les principes qui doivent dorénavant guider les tribunaux en matière d'interprétation de droits linguistiques, tant d'origine constitutionnelle que législative. Dans tous les cas, ces droits doivent recevoir une interprétation libérale, en fonction de leur objet et d'une manière conforme au maintien des collectivités de langue officielle. Il s'agit d'un principe fondamental autour duquel s'articule l'interprétation des droits linguistiques. Puisqu'il s'agit d'égalité réelle de statut des deux langues officielles, de simples accommodements envers la langue officielle minoritaire ne suffisent plus et les gouvernements assujettis aux obligations linguistiques doivent prendre les mesures qui s'imposent pour réaliser cette égalité. Qui plus est, les inconvénients administratifs ne sont pas pertinents et ne doivent pas être considérés comme un empêchement à la réalisation des obligations gouvernementales⁸⁰.

Le principe directeur est donc celui de l'égalité réelle des deux langues officielles. Or, comme en témoigne l'expérience du *Code civil du Québec*, la mauvaise qualité de la traduction est susceptible de nuire au respect de cette norme constitutionnelle. L'expérience démontre, tant au Québec qu'ailleurs, que la méthode de traduction « en vase clos » ne peut satisfaire au principe d'égalité des langues officielles et, par conséquent, aux obligations qui découlent de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. C'est pour cette raison qu'elle a été délaissée en faveur d'autres modèles de rédaction législative bilingue telles la corédaction et la traduction interactive. Selon les principes énoncés dans l'arrêt *Beaulac*, il appartient donc au gouvernement du Québec de prendre des mesures pour faire en sorte que cette égalité soit respectée. Ces mesures doivent être plus qu'un simple accommodement en faveur de la langue officielle minoritaire. Or, la

⁷⁸ *Ibid* aux para 20, 22, 24-25.

⁷⁹ André Braën, « L'interprétation judiciaire des droits linguistiques au Canada et l'affaire *Beaulac* » (1989) 29 RGD 379 à la p 406.

⁸⁰ *Ibid* aux pp 406-09.

méthode actuellement employée pour la production de la version anglaise du *Code de procédure civile* équivaut à agir comme s'il y avait une langue officielle principale, en l'occurrence le français, et une obligation d'accommodement en ce qui concerne l'anglais, la langue de la minorité officielle au Québec. Par conséquent, le respect des obligations qui découlent de l'article 133 exige, à notre avis, que la traduction « en vase clos » soit délaissée en faveur d'un processus de traduction ou de rédaction qui est plus susceptible de produire des versions linguistiques concordantes et respectueuses du génie de chaque langue et, par conséquent de mettre les langues officielles sur un plan d'égalité réelle.

VIII – CONSÉQUENCES D'UNE ÉVENTUELLE DÉCLARATION D'INVALIDITÉ DU *CODE DE PROCÉDURE CIVILE*

Dans l'éventualité d'un recours aux tribunaux, il appartiendra à ces derniers de « protéger les personnes dont les droits constitutionnels sont violés, quelles que soient ces personnes et quelles que soient les raisons de cette violation »⁸¹. Comme il a été suggéré dans l'arrêt *Beaulac*, le seul moyen de garantir les droits linguistiques est de prendre des mesures positives pour les mettre en application. Or, ni l'obligation de publier les lois dans les deux langues officielles, liée comme elle est au droit d'utiliser la langue officielle de son choix devant les tribunaux, ni la reconnaissance de l'égale autorité des versions française et anglaise des lois n'ont de sens à moins que la méthode de rédaction législative elle-même soit compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle. Pour assurer sa compatibilité avec ces principes, il est impératif que cette méthode soit de nature à faire en sorte que les versions française et anglaise des lois concordent et soient respectueuses du caractère idiomatique de chaque langue.

Dans les circonstances mentionnées ci-dessus, il est donc tout à fait concevable qu'un tribunal puisse arriver à la conclusion que l'objet de l'article 133 a été enfreint, en raison des divergences entre les deux versions linguistiques du *Code de procédure civile*, de la piètre qualité de sa version anglaise ou, tout simplement, de la méthode de traduction « en vase clos » adoptée au Québec, l'égalité réelle ne pouvant simplement être atteinte dans ces circonstances. L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* confie aux tribunaux la tâche d'invalider toute loi contraire à la Constitution du Canada dans son intégralité. Si, le tribunal ayant conclu à l'existence d'une norme de qualité linguistique des lois, le *Code de procédure civile* est adjugé comme étant contraire à cette norme, il lui

⁸¹ Renvoi droits linguistiques, 1985, *supra* note 25 au para 47.

appartient donc de le déclarer invalide⁸². C'est d'ailleurs ce que la Cour suprême du Canada a fait dans le *Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba*⁸³ à l'égard des lois et règlements de la province du Manitoba qui n'avaient pas été imprimés et publiés dans les deux langues officielles, enfreignant ainsi l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, dont les dispositions sont pratiquement identiques à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour a cependant décidé que les lois alors en vigueur étaient réputées temporairement valides et opérantes pendant le délai minimum requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier. La législature du Manitoba ayant adopté presque toutes ses lois seulement en anglais depuis 1890, une invalidation immédiate des textes aurait en effet créé un vide juridique dans la province du Manitoba et la Cour voulait assurer le maintien du principe constitutionnel de la primauté du droit et de l'ordre public⁸⁴.

Nous doutons qu'une déclaration d'invalidité immédiate du *Code de procédure civile* aurait pour effet de créer un vide juridique de l'ampleur qui menaçait le Manitoba si ses lois avaient toutes été déclarées inopérantes avec effet immédiat. Le *Code de procédure civile* actuel est après tout en vigueur depuis 1966 et pourrait donc continuer à constituer la source principale du droit de procédure civile jusqu'à l'adoption éventuelle de sa nouvelle version, c'est-à-dire après la mise en œuvre au Québec d'une méthode de rédaction législative plus compatible avec l'objet de l'article 133. Sans écarter la possibilité de la suspension d'une déclaration d'invalidité, comme dans le cas du Manitoba, le cas de l'Avant-projet diffère de la situation du Manitoba puisque nous examinons l'éventualité d'un recours en justice après son adoption dans les deux langues officielles. S'il est accepté que l'article 133 a été enfreint, maintenir temporairement en vigueur les deux versions linguistiques du *Code de procédure civile* en attendant que seule la version anglaise soit modifiée serait difficilement justifiable et pourrait créer de difficiles problèmes d'interprétation pendant la période de validité temporaire. De même, maintenir seulement la version française en vigueur pendant un délai fixé dans le cadre d'un dialogue entre les pouvoirs judiciaire et législatif, durant lequel la version anglaise pourrait être retravaillée, nous semble difficilement concevable, vu qu'il existerait une version anglaise, aussi inadéquate qu'elle soit. Dans ces circonstances, l'égalité des deux groupes linguistiques serait mieux

⁸² Sur les recours en matière de droits linguistiques, voir Mark Power et André Braën, « Le recours en matière de droits linguistiques » dans Bastarache, *Droits linguistiques*, *supra* note 23 à la p 575.

⁸³ *Supra* note 25.

⁸⁴ Voir aussi *Sinclair c Québec (Procureur général)*, [1992] 1 RCS 579, 89 DLR (4^e) 500, où la primauté du droit a aussi été invoquée pour suspendre la déclaration d'invalidité de lois concernant la fusion de certaines municipalités, les obligations de bilinguisme prévues à l'article 133 n'ayant pas été respectées.

respectée par le recours à la version actuelle du *Code de procédure civile* en attendant une nouvelle version qui satisfait à l'objet de l'article 133.

CONCLUSION

La question de savoir si le *Code de procédure civile*, dans la version qui sera éventuellement adoptée, est conforme aux obligations de l'article 133 est une question de fait. Il semble cependant exister suffisamment de preuve pour suggérer que le texte de l'Avant-projet ne répond pas au principe d'égalité d'accès à la loi qui sous-tend l'article 133, dans la mesure où il ne permet pas aux citoyens de connaître les limites de leur responsabilité à la lecture des dispositions applicables, peu importe la langue officielle⁸⁵. La question de savoir si l'article 133 exige le recours à une méthode de rédaction législative qui respecte son objet est une question de droit. À ce sujet, et dans les circonstances que nous avons décrites, les droits fondamentaux à l'égalité de l'accès à la loi dans les deux langues officielles qui découlent de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et la tendance jurisprudentielle actuelle, qui favorise une interprétation libérale des droits linguistiques fondée sur leur objet, nous permettent d'avancer qu'il est concevable qu'un tribunal y réponde par l'affirmative. Dans cette éventualité, il appartiendrait donc à la Législature du Québec de prendre des mesures pour mettre en œuvre une méthode de rédaction législative qui respecte l'accès égal de qualité égale à la justice. Pour ce faire, il nous semble impératif, et le tribunal en conviendrait certainement, que la méthode de rédaction législative adoptée à l'égard de toutes les lois auxquelles s'appliquent l'article 133 doit au moins permettre au traducteur d'avoir libre accès au rédacteur et, de plus, que le travail de rédaction législative soit entrepris par des personnes qui ont des connaissances en la matière. Évidemment, un tel dispositif de la part d'un tribunal aurait pour effet d'imposer des conditions minimales en matière de rédaction législative au Québec et pourrait avoir des répercussions dans les autres provinces du Canada assujetties à des obligations en matière de rédaction législative bilingue. S'attendre à la reconnaissance éventuelle par les tribunaux d'une norme minimale de rédaction législative, satisfaite par le recours à une méthode de rédaction législative qui respecte l'égalité des communautés linguistiques est peut-être placer la barre très haute, mais à notre avis, l'objet même des droits linguistiques en dépend. Les immenses progrès accomplis à l'échelle nationale en matière de rédaction législative depuis les années 1970 rendent selon nous cette reconnaissance éminemment possible.

⁸⁵ Voir *R c Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 RCS 217 au para 2.

LES DROITS LINGUISTIQUES EN UKRAINE : CHRONIQUE D'UN NAUFRAGE ANNONCÉ

Nicolas Schmitt*

Жити разом в різноманітності. Навчатися приймати наші відмінності¹

INTRODUCTION

Dans la dernière biographie consacrée à François Mitterrand², qui paraît opportunément en pleine crise ukrainienne, on découvre l'influence qu'a exercée Maurice Barrès sur le futur président. Dans son célèbre discours de 1899 « La terre et les morts », il en appelait à l'appartenance, non à une patrie abstraite, mais à une « France de chair et d'os ». L'union des Français devait à ses yeux s'exprimer par la polyphonie des provinces, des régions, des terroirs qui concourent au génie de la nation : « Respecter les particularités locales » était un impératif. Qui s'étonnera après cela que François Mitterrand ait lancé les lois de décentralisation en 1981 ? Quelle coïncidence que la découverte de cette ode au régionalisme au moment d'aborder l'histoire d'un pays qui a tant souffert de sa centralisation.

De l'importance du droit des langues

Les discussions sur la coexistence pacifique des communautés linguistiques, pire encore sur les droits linguistiques, sans compter celles qui touchent à la décentralisation – et là aussi : pire encore – au fédéralisme, sont souvent considérées par les politiciens qui détiennent le pouvoir comme d'aimables passe-temps pour professeurs émérites ou hyperspécialisés qui aiment à manipuler d'étranges concepts, comme les savants un peu fous qui traquent le boson de Higgs ou tentent de déchiffrer le méroïtique ou la tablette de Gradeshnitsa.

* Institut du Fédéralisme de l'Université de Fribourg (Suisse).

¹ “*Living together in diversity. Learning to accept our differences*”, maxime figurant à l'entrée du temple Higashi Honganji de Kyoto, frontispice de l'initiative de décentralisation en Ukraine (voir ci-dessous note 44).

² Michel Winock, *François Mitterrand*, Paris, Gallimard, 2015.

Ils ne sont pas pris très au sérieux, et c'est un tort, car en fait ces questions sont fort importantes et, contrairement au déchiffrement du mystérieux Linéaire A qui n'intéresse qu'un cercle limité de spécialistes, elles peuvent – dans un sens positif ou négatif – influencer la vie de millions de personnes.

De ce point de vue, ce qui s'est passé en Ukraine au cours des siècles, mais surtout des dernières décennies, et à plus forte raison depuis 1991, représente un cas d'école. On découvre en effet que la mauvaise gestion de tous ces éléments (langues, régions, nation) a conduit à une crise très grave, qui s'est soldée par des milliers de morts, des destructions massives, une crise économique doublée d'une crise diplomatique tout aussi aiguë, sans compter que tous ces problèmes sont loin d'être résolus, si tant est qu'ils le soient un jour.

De toute manière, les blessures que l'Ukraine s'inflige actuellement seront très longues à cicatriser. Amertume, méfiance, rancœur... autant de sentiments qui viendront perturber le bon fonctionnement d'un pays magnifique qui pourrait être le grenier à blé de l'Europe et une destination touristique de premier plan. Comment en est-on arrivé là ? Il vaut la peine d'examiner les dysfonctionnements qui, au fil des ans, ont créé cette situation inextricable, alors qu'un brin de sagesse aurait permis de calmer la folie des hommes.

De la difficulté d'obtenir des informations

Les Ukrainiens parlent ukrainien et russe. L'anglais n'est pas une langue nationale dans ce pays. En Suisse non plus d'ailleurs. Cela signifie que la grande majorité des publications et des travaux scientifiques concernant l'Ukraine sont écrits en ukrainien ou en russe. En Suisse ils le sont en allemand ou en français. Dans les deux cas, les chercheurs qui ne maîtrisent pas les langues nationales sont réduits à la portion congrue des textes rédigés dans des langues étrangères, ce qui est particulièrement frustrant pour les sources légales et les textes officiels. Les sources les plus intéressantes, car les plus directes, ne sont que rarement disponibles.

Il faut ici saluer comme il le mérite le site Internet de M. Jacques Leclerc, collaborateur à la CEFAN [Chaire pour le développement de la recherche sur la culture d'expression française en Amérique du Nord, Université de Laval] et intitulé : L'aménagement linguistique dans le monde³. C'est une mine d'informations plus que précieuse, et quand on regarde la justesse de sa

³ L'aménagement linguistique dans le monde, en ligne :
<<http://www.axl.cefan.ulaval.ca/index.html>>.

description de la situation linguistique dans le canton de Fribourg (Suisse)⁴, on peut penser que ses notations relatives à l'Ukraine (et qui représentent un volume considérable se chiffrant en dizaines de pages) sont également dignes de confiance.

Une autre précieuse source d'informations est constituée par la publication en ligne « Ukrainian Week ». Depuis janvier 2010, ses journalistes proposent en ukrainien et en anglais des analyses qui se veulent à la fois stimulantes et approfondies, et qui entendent éclairer toute la dimension fascinante et multiple de l'Ukraine, sa politique, ses relations internationales, sa culture et bien entendu son histoire, riche et complexe. Cette revue *online* offre une tribune non seulement à ses propres journalistes spécialisés, mais également à des spécialistes de la politique et de véritables politiciens, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du pays⁵. Les journalistes de leur côté prétendent présenter les affaires de l'Ukraine dans une perspective comparative tout en élaborant divers scénarios pour le futur.

Il reste enfin l'incontournable Wikipédia, toujours aussi pratique quand il s'agit de disposer d'informations dans une langue lisible, mais dont il faut bien recouper les données pour ne pas risquer d'être abusé par un internaute trop péremptoire dans ses affirmations.

Pour cette raison pratique et l'impossibilité de vivre cette question « de l'intérieur », il n'est pas question ici de se livrer à une analyse rigoureuse de la politique linguistique en Ukraine (qu'il est d'une certaine manière possible de trouver sur le monumental site de la CEFAN), mais plutôt de mettre en perspective les erreurs commises par rapport à ce que la sagesse eût commandé en terme de création de l'Etat national. Les Suisses et les Canadiens, qui cultivent soigneusement leur fédéralisme et leur bilinguisme, apprécieront.

⁴ « Fribourg/Freiburg », en ligne : L'aménagement linguistique dans le monde : <<http://www.axl.cefan.ulaval.ca/EtatsNsouverains/fribourg.htm>>.

⁵ Nicolas Schmitt, « Federalism has allowed for the preservation of a functional and prosperous multi-ethnic state, without any tendency towards secessionism », 9 octobre 2012, en ligne : The Ukrainian Week <<http://ukrainianweek.com/World/61877>>.

I – LES DIVERSITÉS EN UKRAINE

La situation des langues en Ukraine est relativement complexe, et surtout manichéenne, et la grande erreur des gouvernements successifs est d'avoir voulu apporter une réponse simple à une question plus compliquée qu'il n'y paraît⁶.

De fait, du point de vue purement linguistique, les problèmes ne vont pas naître d'une situation très complexe, avec des dizaines de langues et des centaines de dialectes dont il faut aménager la coexistence (comme en Inde par exemple). La situation ukrainienne rappellerait plus celle du Canada avec la gestion d'un bilinguisme impliquant une langue majoritaire et une autre qui regroupe une importante minorité de la population. L'Ukraine n'a pas voulu gérer son bilinguisme et a préféré s'affirmer comme un Etat unitaire et monolingue. Mais ce déni de complexité a également concerné des éléments historiques, ethniques, économiques, régionaux voire religieux. Denis de Rougemont expliquait : « Le fédéralisme se caractérise par son amour de la complexité, par opposition au simplisme brutal des régimes totalitaires ».

Pour avoir une idée de la complexité ukrainienne, il faut d'abord se rendre compte qu'il existe deux éléments dans lesquels on découvre une relation majorité – minorité potentiellement conflictuelle : l'ethnie *et* la langue.

Ethniquement, on dénombre en Ukraine des dizaines de communautés, mais avec une grande majorité ukrainienne : 78 % de la population est d'origine ukrainienne et 17 % d'origine russe, ce qui signifie que 95 % de la population est relativement homogène. On est loin de la mosaïque ethnique.

Mais la dimension ethnique ne correspond pas forcément à la dimension *linguistique* : 67,5 % des Ukrainiens parlent ukrainien comme langue maternelle, contre 29,6 % le russe, et il ne reste donc plus que 2,9 % d'autres langues. C'est encore plus patent : l'Ukraine n'est pas un pays plurilingue mais essentiellement un pays bilingue. Les russophones ne sont pas toujours russes ; ce sont souvent des Ukrainiens russifiés ou russophiles en vertu du principe de proximité. Cependant – et c'est encore un paradoxe – les russophones avec 17 % de locuteurs forment quand même une majorité fonctionnelle, le russe ayant été LA langue de l'administration du temps de l'URSS.

⁶ C'est également la conclusion de Lowell W. Barrington, « Region, Language, and Nationality: Rethinking Support in Ukraine for Maintaining Distance from Russia » dans Taras Kuzio et Paul d'Amiero, dir, *Dilemmas of State-Led Nation Building in Ukraine*, Londres, 2002 aux pp 131 et s.

Le russe et l'ukrainien sont semble-t-il des langues relativement différentes, comme le français, l'italien, l'espagnol et le portugais, qui sont pourtant toutes les quatre des langues latines. Certes elles présentent plus d'analogies entre elles qu'avec le chinois, mais un Français débarquant à Lisbonne est quand même perdu s'il veut entamer une discussion avec des Portugais (peut-être pas s'il s'agit simplement de commander un café), comme un Russe débarquant en Ukraine.

La situation se complique encore quand on sait qu'il n'y a pas un ukrainien « standard », mais plusieurs dialectes, que le russe dit kiévien n'est pas exactement le même que le russe de Moscou, et que les Ukrainiens rêvent souvent de « dérussification », surtout à Kiev.

Dès lors, on pourrait simplifier le tableau et constater tout simplement que l'Ukraine est partagée entre un Ouest ukrainophone et un Est russophone. La constatation est juste sur le plan linguistique, mais elle ne prend pas en compte la dimension religieuse⁷, régionale ou économique. La situation est sensiblement la même en Suisse ou au Canada. La première est partagée entre une Suisse alémanique à l'Est et une Suisse romande à l'Ouest, le second comprend une vaste province francophone : le Québec. Mais ces deux pays ne sauraient eux non plus être réduits à leur dimension bi- ou multilingue. Ils ont dû la gérer, tout en tenant compte d'innombrables autres divisions.

II – BREF HISTORIQUE : RUSSIFICATION ET DÉ-RUSSIFICATION

L'histoire permet de comprendre beaucoup de choses ; les pays qui vivent un destin douloureux ont beaucoup de peine à surmonter les traumatismes. Un pays est toujours le fruit de son histoire : la réunion de l'Ontario et du Québec au Canada, la lente fédéralisation des cantons en Suisses à partir de 1291, ou alors en France une centralisation qui a débuté en 987 sous le règne de Hugues Capet. Aucun pays ne peut faire abstraction de son passé. L'Ukraine au surplus a dû compter avec des périodes de quasi colonisation suivies de décolonisation : comme en Afrique, les conditions sont remplies pour des transitions douloureuses. L'histoire de l'Ukraine à travers les siècles n'a jamais été simple (pour autant qu'un pays puisse traverser l'Histoire sans se blesser), mais il faut dire que l'histoire s'est montrée particulièrement dure envers ce pays. Preuve en est que sa

⁷ Les chercheurs ont mis du temps à s'y intéresser : voir Andrew Wilson qui leur consacre un chapitre dans *The Ukrainians: Unexpected Nation*, Yale, New Heaven, 2000.

population décroît : 51 millions d'habitants en 1989, 47 millions en 2001 et 45 en janvier 2014 (avec encore la Crimée)⁸.

Il n'est pas nécessaire pour qu'elle soit instructive de remonter le cours de l'histoire ukrainienne jusqu'à la Ruthénie. Deux siècles suffiront à comprendre les épreuves traversées. Lors du Congrès de Vienne de 1815, la Russie tsariste a obtenu une large partie de l'Ukraine en absorbant la Pologne.

Les tsars ont pratiqué une politique que l'on peut appeler de russification, surtout dans l'Est et le Sud, l'Ouest restant à l'époque dans l'Empire austro-hongrois. L'enseignement en ukrainien dans les écoles a tout simplement été supprimé. Pourquoi ? Le ministre de l'intérieur Piotr Valouïev estimait que la langue ukrainienne n'avait jamais existé et qu'il était donc ridicule et inopportun d'écrire en ukrainien⁹. Le tsar Alexandre III est allé encore plus loin en interdisant tout nom de baptême en ukrainien. Ainsi les Petro ont dû être remplacés par des Piotr (intéressant à l'heure où le président ukrainien s'appelle Petro Porochenko). Sommet de cette politique, le nom même d'Ukraine fut interdit : le pays a été rebaptisé « Petite Russie », par opposition à la « Grande Russie » et à la « Russie Blanche » (la Biélorussie ou Belarus).

De larges déplacements de population ont accompagné ces mesures. Comme les Russes avaient commencé à industrialiser l'Ukraine, des dizaines de milliers d'anciens esclaves russes démunis sont venus s'y installer, surtout dans l'Est et le Sud, après l'abolition du servage en 1861. Mais au fil du temps l'intransigeante autocratie des tsars a suscité des controverses de plus en plus virulentes, ponctuées de tentatives d'assassinats, dont celle qui a réussi contre Alexandre II, tué par une bombe le 13 mars 1881. Au début du XX^{ème} siècle, l'étau s'est desserré sur l'Ukraine. Mais les changements les plus profonds et les plus durables ont été induits par la Révolution d'Octobre.

En 1917, la partie orientale de l'Ukraine a proclamé son indépendance, suivie par l'Ukraine occidentale « carpatique » qui s'est affranchie de la tutelle austro-hongroise. Les deux parties se sont unies pour former une fédération en 1918¹⁰.

⁸ « Démographie de l'Ukraine », en ligne : Wikipédia
<http://fr.wikipedia.org/wiki/D%C3%A9mographie_de_l'Ukraine>.

⁹ Patrick Sériot, « En Ukraine, le clivage n'est pas linguistique mais politique et géopolitique », en ligne : Revue Ithaque <http://www.itha.ch/wp_2013/en-ukraine-le-clivage-nest-pas-linguistique-mais-politique-et-geopolitique/>.

¹⁰ C'est Pavlo Skoropadsky, personnage-clé de l'histoire de l'Ukraine au XX^{ème} siècle, qui a pris le pouvoir, en 1918, de la fragile Ukraine indépendante ; voir un ouvrage récent et instructif : Iaroslav Lebedynsky, *Skoropadsky et l'édification de l'Etat ukrainien (1918)*, *Présence Ukrainienne*, L'Harmattan, 2010.

Un an plus tard, cependant, la Galicie orientale est devenue un protectorat polonais après la conférence de Paris.

L'histoire est un éternel recommencement. Proclamée en novembre 1917, la République autonome ukrainienne, dirigée depuis Kiev par Simon Petlioura, s'est trouvée opposée – 97 ans avant les événements du Maidan – à une république soviétique d'Ukraine, soutenue par les bolcheviques, dirigée par un certain Rakoski et basée à Kharkiv¹¹.

Comme partout ailleurs, les Bolchéviques ont fini par l'emporter, et en 1922 ils ont annexé et réuni les deux parties précédemment fédérées pour former la République Socialiste Soviétique d'Ukraine, la deuxième d'URSS par la population (18 %) et la troisième par la superficie (3 %). Sous Lénine, on a pu sentir une certaine politique d'ouverture envers les nationalités, ce qui a conduit à un renouveau de la langue ukrainienne¹². C'est la politique dite d'enracinement, l'idée étant de favoriser les besoins ethniques et culturels des minorités nationales de l'Ukraine. La langue ukrainienne a retrouvé une relative légitimité tout en restant limitée, notamment dans son vocabulaire.

Mais à partir des années 1930, sous le règne sanglant de Staline, les relatives avancées de l'ukrainien ont été stoppées net, remplacées par l'instauration d'une agressive politique de russification¹³. Celle-ci fut facilitée par le fait que l'Ukraine était (re)devenue la destination préférée des mouvements de migration décidés par Moscou. Dès que les Soviétiques construisaient une usine en Ukraine, presque toujours dans l'Est et le Sud, ils faisaient venir des Russes. Ce mouvement a entraîné une autre partition, industrielle celle-là : l'Est est resté le berceau de la vieille industrie lourde, alors que l'Ouest s'est modernisé. On ne saurait sous-estimer la portée de ce genre de clivage économique. On le voit en Belgique avec l'opposition entre la Wallonie francophone, bastion de l'industrie lourde en pleine déconfiture, opposée à la Flandre plus tertiaire qui rêve de revanche.

Depuis la Révolution d'Octobre, le nombre des Russes installés en Ukraine a été multiplié par trois : de 8,2 % en 1920, ils sont passés à 16,9 en 1959 avant

¹¹ « Histoire de l'Ukraine », en ligne : Carnet photographique
<http://www.voyagesphotosmanu.com/histoire_ukraine.html>.

¹² Peut-être est-ce dû au fait que le père de Lénine, Ilia Nikolaïevitch Oulianov (1831-1886), monarchiste modéré, fut une grande figure de l'instruction publique en Russie et fut anobli par le Tsar en 1882 ; à Simbirsk et dans la province de Simbirsk, il ouvrit les premières écoles pour les populations non russes.

¹³ Voilà qui rend troublant le parallèle entre Staline et Poutine... En mars 2015, à la radio Suisse romande, un éditorialiste n'a pas hésité à comparer dans son commentaire Poutine à Béria, l'exécuteur des basses œuvres de Staline.

d'atteindre 22,1 % en 1989. Les mentalités ont également évolué, d'une manière subtile et paradoxale, creusant une sorte de fossé entre l'Ouest et l'Est. La langue russe a progressivement réussi à reléguer l'ukrainien à l'arrière-plan social, surtout à l'est du fleuve Dniepr. Il en est résulté que le russe a fini par s'imposer dans toute l'Ukraine, notamment dans les domaines de la politique, de l'économie, de l'enseignement supérieur, etc. Tout le vocabulaire technique ukrainien a été forgé sur le modèle russe, avec quelques adaptations phonétiques. Le russe est devenu le symbole de la réussite sociale, de l'instruction et de l'intégration urbaine. Pour l'Ukrainien, le Russe est devenu de manière très ambiguë tout à la fois le « grand frère », la référence, l'autorité, l'opresseur redouté et méprisé (москаль ou Moscal, l'habitant de Moscou). Quant au Russe, il s'est mis à considérer l'Ukrainien comme un « provincial ». Progressivement des stéréotypes (toujours dangereux) se sont mis en place, qui opposaient d'une part, le paysan, le provincial, le non-instruit, le « grand bêta », autrement dit l'Ukrainien, et de l'autre le citadin, le cultivé, le débrouillard, le « petit malin », donc le Russe.

III – LA SITUATION JURIDIQUE DES LANGUES SOUS L'URSS

Cet arrière-plan historico-psychologique permet de mieux comprendre la situation juridique des langues dans le pays, empêtrée dans le va-et-vient constant mais teinté d'hypocrisie entre russification et dé-russification. De fait, l'URSS a représenté un magnifique exemple d'utilisation de ce que l'on pourrait appeler la « langue de bois ».

Les autorités soviétiques ont toujours présenté (dans le droit fil des théories de Lénine) l'épanouissement des nationalités d'URSS comme un « phénomène positif ». Mais officiellement, le régime considérait plutôt que le maintien des langues des nationalités devait demeurer un fait temporaire, dont il fallait bien s'accommoder avant l'émergence de la « fusion » des peuples de l'URSS dans la Grande Nation soviétique promise pour le futur, et dont la seule et unique langue ne pourrait être que le russe. C'est la raison pour laquelle les dirigeants locaux en Ukraine ont dû composer avec la prééminence (non officielle) du russe sur leur territoire, malgré les protections constitutionnelles dont bénéficiaient – hélas uniquement en théorie – les citoyens de l'Ukraine soviétique.

Ainsi, les articles 32 et 34 de la Constitution du 20 avril 1978 proclamaient l'égalité de tous les citoyens. Mais comme souvent en URSS, des abysses séparaient la théorie paradisiaque de la réalité qui l'était moins et qui voyait *de facto* la suprématie de la langue russe.

A – La suprématie de la langue russe

Malgré les dispositions du droit soviétique proclamant le droit de chaque citoyen au libre choix de sa langue, notamment en matière d'enseignement et de création intellectuelle, malgré tous les efforts apparemment consentis pour conserver, étudier et développer toutes les langues des peuples de l'URSS, malgré la préoccupation constamment affichée de l'État soviétique à l'égard des langues minoritaires, le russe conservait une préséance certaine sur toutes les autres langues, l'ukrainien y compris.

La situation était devenue tellement kafkaïenne en Ukraine qu'une majorité de parents préférait faire instruire ses enfants dans les écoles russes plutôt que dans les écoles ukrainiennes. Le russe était devenu la véritable langue de la promotion sociale, de la vie politique et de la réussite économique. Et pourtant, la Loi sur les langues de 1989, adoptée par la RSS d'Ukraine proclamait l'ukrainien comme langue officielle :

Article 2

- ¹ Conformément à la Constitution de la RSS d'Ukraine, la langue officielle de la RSS d'Ukraine est l'ukrainien.
- ² La RSS d'Ukraine garantit sous tous les aspects, le développement et le fonctionnement de la langue ukrainienne dans tous les domaines de la vie sociale (État, république) et locale, les partis politiques, les organismes publics, les institutions et les organisations fondées, les conditions nécessaires pour l'étude de la langue.

Malgré le caractère formel de la proclamation de l'ukrainien comme langue officielle de la RSS d'Ukraine, le russe est demeuré la « première » langue officielle, tandis que l'ukrainien est resté la « seconde ». Certes, après l'indépendance de 1991, la situation a considérablement changé, mais l'ukrainien n'aura pas *de facto*, partout sur le territoire de l'Ukraine, le statut réel auquel il aurait pu prétendre, notamment dans les oblasts du Sud et de l'Est, principalement dans les grandes villes.

D'autant plus qu'au cours de l'époque soviétique, le développement de l'ukrainien a été entravé par de constantes avancées de la langue russe. La grammaire et l'orthographe ont été sans cesse aménagées pour ressembler toujours davantage au russe. Cette situation a eu des conséquences sur la langue

ukrainienne, à tel point qu'un Ukrainien surpris à parler sa langue dans un lieu public passait pour un « nationaliste » nécessairement suspect, voire dangereux!

Evidemment, les autorités ukrainiennes, et cela dès 1989, ont voulu d'une certaine manière prendre une revanche. Qui les en blâmerait ? Mais le statut d'une langue peut-il dépendre exclusivement de son statut juridique ? Redresse-t-on d'un trait de plume une situation délicate ? Les Ukrainiens ont eu de la peine à comprendre qu'un virage à 180 degrés devait être négocié avec quelques précautions. Cette façon de procéder est toujours dangereuse car elle crée des frustrations. A une strate de frustrations vient s'ajouter une autre strate de frustrations... un cercle vicieux se met en place.

B – La Déclaration des droits des nationalités

Le 1^{er} novembre 1991, la Rada (Parlement ukrainien) a adopté une déclaration solennelle : la Déclaration des droits des nationalités d'Ukraine¹⁴. Celle-ci a joué un rôle considérable au cours de la campagne électorale ayant précédé le référendum sur l'indépendance de l'Ukraine, qui s'est déroulé le 1^{er} décembre. Les citoyens des diverses nationalités ont pu croire que le nouveau pays allait construire un État démocratique légitime. En effet, l'article premier de la Déclaration garantit à tous les peuples, groupes nationaux et citoyens vivant sur le territoire de l'Ukraine l'égalité des droits politiques, économiques, sociaux et culturels. Quant à l'article 2, il rappelle que l'État ukrainien garantit à toutes les nationalités le droit de préserver leur habitat traditionnel, d'assurer l'existence d'unités administratives nationales, et d'assumer la responsabilité de créer les conditions propices au développement des langues et des cultures nationales. De son côté l'article 3 de la Déclaration a la teneur suivante :

Article 3

L'État ukrainien garantit à tous les peuples et groupes ethniques le droit d'employer librement leurs langues maternelles dans toutes les sphères de la vie publique, y compris dans l'éducation, l'élaboration, la réception et la diffusion de l'information.

À la fin de 1991, l'Ukraine s'est soustraite à la tutelle soviétique en proclamant son indépendance, ratifiée ensuite par voie référendaire le 1^{er} décembre de la même année. Le référendum a démontré que la grande majorité de la population, soit 90,3 % des citoyens toutes ethnies confondues, s'est exprimée en faveur de

¹⁴ On la trouve ici en version originale ukrainienne : <<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1771-12?test=4/UMfPEGznhhOJE.ZiVdhqG4HI4Qgs80msh8Ie6>>.

l'indépendance de l'Ukraine. C'est alors que le dernier dirigeant de la République socialiste soviétique d'Ukraine, Leonid Kravtchouk, est devenu le premier président de l'Ukraine post-soviétique (1991-1994), mais son investiture n'a eu lieu que le 22 août 1992.

C – Une indépendance qui commence mal...

L'indépendance de 1991 a permis aux Ukrainiens de gagner une liberté à la fois nouvelle et inespérée, mais très rapidement cette vague d'espoir a montré ses limites vis-à-vis des standards de l'Union européennes. Les Ukrainiens ont notamment été déçus par le fait qu'ils avaient toujours besoin d'un visa pour entrer en Europe et que certains passages frontaliers leur sont resté fermés. De manière très regrettable, on a vu se creuser une nouvelle faille – économico-européenne – entre Est et Ouest. Ainsi, la minorité hongroise, qui formait alors 13 % de la région frontalière a été tout particulièrement déçue de cette indépendance : alors que l'Ukraine piétinait, la Hongrie marchait d'un pas rapide vers la démocratie et la prospérité. Beaucoup d'Ukrainiens d'origine hongroise ont plié bagage pour prendre le chemin de l'Europe, perçue comme un eldorado. En quelques années, de 1991 à 1994, l'Ukraine a vu son PNB s'effondrer de 60 % et la moitié de la population tomber sous le seuil de la pauvreté. Or, les problèmes économiques sont souvent un catalyseur des autres problèmes.

C'est alors qu'un nouvel élément du clivage est intervenu. En septembre 1993, Leonid Koutchma a démissionné du poste de premier ministre pour remporter avec succès l'élection présidentielle de 1994, contre Leonid Kravtchouk. Son élection a relancé le clivage entre les ukrainophones de l'Ouest et les russophones du Sud et de l'Est. Le président, qui parlait fort mal l'ukrainien, a été élu grâce aux voix des russophones. De leur côté, les Ukrainiens de l'Ouest ont voté massivement pour son concurrent Kravtchouk. Leonid Koutchma a voulu stimuler l'économie, mais il s'est surtout singularisé par des affaires de corruption et par le rétablissement des relations économiques avec la Russie, autrement dit : il a poursuivi la politique néfaste de russification-dérussification¹⁵.

Symbole vertigineux de son inefficacité, Leonid Koutchma avait promis avant son élection de faire du russe une « langue officielle », tout en conservant à

¹⁵ Les politiciens à la tête de l'Ukraine ont moins brillé par leur génie politique que par leur sens des « magouilles ». Ainsi, le 24 mars 2011, Leonid Koutchma a été inculpé d'abus de pouvoir dans le cadre de l'enquête sur la mort du journaliste d'opposition Georgiy Gongadze (une accusation de longue date), ce qui ne l'a pas empêché, fin juillet 2014, d'être choisi par le président Petro Porochenko pour représenter l'Ukraine aux négociations de Minsk avec les séparatistes du Sud-Est ukrainien.

l'ukrainien le statut de « langue d'État », la distinction entre les deux termes étant très ambiguë (voir VI ci-dessous pour la même distinction en Suisse). Le président Koutchma n'a jamais tenu sa promesse et a préservé la dangereuse ambiguïté entre russe et ukrainien. Il a rappelé en décembre 2001 que le russe ne devait pas être considéré en Ukraine comme une « langue étrangère », tout en sachant très bien que le russe avait le statut de langue co-officielle *de facto*¹⁶. Ayant été président de 1994 à 2005, il porte une lourde responsabilité dans l'absence de solution légale donnée au binationalisme ukrainien.

D – L'État de droit et les minorités nationales

La difficulté que les autorités ukrainiennes n'ont pas réussi à surmonter est la suivante. Au lieu d'assumer la dimension fondamentalement binationale et bilingue de l'Ukraine, elles ont tenté de fonder une « nation » ukrainienne sur la base d'une langue nationale, l'ukrainien, assortie de l'obligation de faire des concessions importantes aux minorités, notamment la minorité russe. Mais elles ont échoué, car il s'agissait là d'une sorte de « jésuitisme » juridique qui ne correspondait pas vraiment à la réalité et n'a cessé d'entraîner des difficultés dans l'application des droits de la majorité et de ceux des minorités.

Voilà qui rappelle la dimension existentielle de la question linguistique ; si elle n'est pas résolue de manière satisfaisante et globale, l'Etat doit faire une sorte de grand écart constitutionnel et idéologique entre la préservation des minorités et la préservation de l'unité. Cela ne peut pas être convaincant. C'est ce qu'on appellerait en Europe du multiculturalisme Canada Dry : cela ressemble à du multiculturalisme, mais cela n'en est pas.

C'est aussi la preuve que *tout est lié* : le droit, les langues, le fédéralisme, la tolérance, et que des politiciens qui ne sont pas mus par le bien public peuvent causer des problèmes catastrophiques. Les plus hautes autorités ukrainiennes ne se sont pas singularisées par leur efficacité ni leur probité, et on voit le résultat. Des Poutine ou des Erdogan, parmi tant d'autres, peu soucieux d'accomplir un travail de fond pour affermir l'Etat plutôt que leur ego, peuvent aussi entraîner leur pays sur une pente dangereuse.

¹⁶ Anecdote révélatrice : lors de la visite du pape Jean-Paul II en Ukraine (2001), certains Ukrainiens ont affirmé que le pape polonais parlait mieux l'ukrainien que le président ukrainien russophone Koutchma.

E – La Révolution Orange et les nouvelles élections présidentielles de décembre 2004

La révolution dite « Orange », qui a tellement fait parler d'elle, a été une tentative de mettre fin à la corruption généralisée entourant la présidence Koutchma à l'approche des élections présidentielles qui se sont déroulées le 31 octobre et le 21 novembre 2004. A la suite de soupçons de fraude, mais aussi de la pression populaire exercée par la Révolution Orange, la Cour suprême a annulé le résultat du second tour qui donnait vainqueur l'ancien Premier ministre Viktor Ianoukovytch sur Viktor Iouchtchenko. Finalement, c'est ce dernier, jouant la carte de l'Europe et du libéralisme, qui l'a emporté bien que son adversaire ait maintenu ses solides positions dans l'Est et le Sud du pays, russophone et russophile. Une fois encore, la médiocrité et l'aveuglement de la classe politique, leur focalisation sur leurs intérêts personnels plutôt que sur le bien du pays, ont fait que les autorités ont joué la carte de la polarisation plutôt que celle de l'intégration. Comme on a pu observer, à travers plusieurs élections, une préférence pour les candidats pro-européens en Ukraine du nord-ouest jadis soumise à l'influence polono-lituanienne, et pour les candidats pro-russes en Ukraine du sud-est jadis soumise à la domination turco-tatare et délivrée de celle-ci par les cosaques et la Russie, cela signifie qu'une polarisation politique est venue s'ajouter à la polarisation linguistique, sans compter la polarisation économique.

En Suisse en 1847, cette superposition des oppositions, qui ne mettait pas seulement aux prises catholiques et protestants, mais en plus *deux* systèmes économiques (les premiers étant conservateurs et les seconds libéraux) et *deux* desseins pour l'avenir de la Suisse (confédéral pour les catholiques et fédéral pour les protestants), a conduit à une guerre civile, la guerre dite du Sonderbund (par chance bien moins dévastatrice que la guerre en Ukraine, car les faibles catholiques ont très vite dû s'incliner et accepter la création d'une fédération sur le modèle américain).

La situation n'a cessé de s'envenimer entre le candidat pro-russe Viktor Ianoukovitch et le candidat pro-européen Viktor Iouchtchenko. Russophones et russophiles ont cru qu'ils faisaient face à des « nationalistes frustrés » qui allaient brimer leurs droits et que le candidat Iouchtchenko voulait entourer leurs régions de barbelés et y mettre le feu. Chez les Ukrainiens, des murs ont été couverts d'expressions telles que « Moscovites, sortez! ». Le régime alors en place a même brandi le spectre de la guerre civile entre l'Ouest ukrainophone et gréco-catholique, et l'Est russophone et orthodoxe. En fait, il faut admettre que les conflits entre l'Ouest ukrainophone et le Sud-Est russophone ont été exacerbés

par des politiciens des deux clans, qui avaient intérêt à diviser le pays pour mieux régner : les « bons oranges » contre les « mauvais bleus », ou sa variante les « bons bleus » contre les « mauvais oranges ».

Si l'on devait une fois encore comparer avec la situation en Suisse, on se rend compte dans une telle situation que la notion de neutralité, qui peut paraître aux yeux de certains comme une attitude pleine de pusillanimité réservée aux petits pays, est en fait un formidable facteur de préservation de l'Etat. Quand un pays risque d'être écartelé entre des blocs antagonistes, il devient essentiel de tout faire pour éviter de verser de l'huile sur le feu. Les dirigeants ukrainiens, eux, n'ont jamais rien entrepris pour tenter de fédérer les éléments polarisants.

Ainsi, ce sont les ukrainophones de l'Ouest qui ont fait la Révolution Orange, pas les russophones de l'Est, ni vraiment les ukrainophones de Kiev, qui ont toujours été plus conciliants, bien que, eux aussi, en aient eu ras-le-bol de la corruption généralisée. Mais les pancartes dans la foule de la Révolution Orange à Kiev ne portaient aucune inscription en russe. Le 23 janvier 2005, soit après son élection à la présidence de l'Ukraine, Viktor Iouchtchenko déclarait aux Ukrainiens massés sur la place de l'Indépendance :

*Nous sommes libres. L'ancienne ère est révolue. Nous sommes désormais un pays nouveau [...] Nous autres, citoyens d'Ukraine, sommes devenus une nation ukrainienne unie. Il est impossible de nous diviser ni par les langues que nous parlons ni par les confessions que nous professons ni par les idéologies que nous choisissons. Nous avons un destin ukrainien. Nous avons une fierté ukrainienne. Nous sommes fiers d'être Ukrainiens*¹⁷

Bien qu'ukrainien russophone de naissance, Viktor Iouchtchenko, s'est toujours exprimé en ukrainien devant la foule. Avioutskii décrit – hélas – très bien les enthousiasmes suscité par ce nationalisme ukrainien auprès d'une partie seulement de la population, et le fait qu'il s'agissait d'un tigre aux pieds d'argile : de belles phrases ne reposant sur rien de sérieux, et notamment pas sur la volonté de mettre fin à la corruption viscérale du système ni à sa polarisation dangereusement grandissante, notamment en essayant de concilier en des termes juridiques harmonieux le bilinguisme existant *de facto* en Ukraine.

¹⁷ Cité par Viatcheslav Avioutskii, « La Révolution Orange en tant que phénomène géopolitique » 2008/2 (n° 129) Hérodote 69-99, en ligne : CAIRN.INFO <http://www.cairn.info/zen.php?ID_ARTICLE=HER_129_0069>.

Par la suite, les autorités ukrainiennes se sont enfoncées toujours plus bas dans le marasme. Crise politique, motion de censure, remplacement de Viktor Iouchtchenko par Viktor Ianoukovitch, emprisonnement de son opposante – et ancienne premier-ministre – Ioulia Tymochenko, au point que Jean-Baptiste Nadet, grand connaisseur de l’Ukraine, parle d’une « présidence de bas-fonds »¹⁸. C’est contre cette présidence inefficace et corrompue que les Ukrainiens ont protesté en se réunissant sur le Maidan, et c’est peut-être bien cette pression qui a incité Vladimir Poutine à abattre ses atouts¹⁹.

IV – A PROPOS DE NATION

Une des grandes erreurs commises par les Ukrainiens, surtout après l’indépendance en 1991, est d’avoir tenté de créer artificiellement une sorte de « Nation ukrainienne »²⁰ au lieu de pratiquer le système suisse de la « Willensnation ». C’est une erreur universelle qui méconnaît un des grands avantages du fédéralisme : les fidélités multiples²¹. Dans un Etat fédéral, il est possible de se sentir proche de son Etat, et même fier de lui, tout en revendiquant d’autres appartenances, linguistiques, régionales ou religieuses, la variété des identités ne s’excluant jamais. On dit toujours que les Suisses ne sont Suisses qu’à l’étranger. Sitôt rentrés au pays, la dimension cantonale devient beaucoup plus importante, et à l’intérieur de chaque canton les dimensions locales s’accroissent,

¹⁸ « UKRAINE. Viktor Ianoukovitch, une présidence de bas-fonds », en ligne : Nouvel-Observateur <<http://tempsreel.nouvelobs.com/ukraine-la-revolte/20140222.OBS7358/ianoukovitch-une-presidence-de-bas-fonds.html>>.

¹⁹ Il y a de bonnes raisons de croire que des officiers des Services fédéraux de sécurité de la Fédération de Russie (FSB) ont été impliqués dans ce qu’ils ont appelé les « opérations antiterroristes » durant les protestations du Maidan à Kiev en février 2014, opérations qui ont complètement occulté les protestations bon enfant contestant le régime corrompu du président Ianoukovitch, et ont été le point de départ d’une militarisation des conflits ; voir « Ukrainian Security Service Chief: Twenty-six Russian security officers were involved in planning of the bloodshed on Maidan », en ligne : The Ukrainian Week, 3 avril 2014 <<http://ukrainianweek.com/News/106691>>.

²⁰ Voir, par exemple, Andrew Wilson, *Ukrainian nationalism in the 1990s – A minority faith*, Cambridge University Press, 1997.

²¹ C’est une erreur qui a par exemple ruiné l’Afrique postcoloniale. Pour mieux marquer la rupture avec l’ancien système, même des politologues parmi les plus influents des Etats-Unis ont préconisé un système centralisé capable de créer des « nations nouvelles » au mépris de l’extrême diversité ethnique existant sur le continent Noir. Il en est résulté une instabilité chronique chapeautée par d’indétrônable potentiats. Voir Nicolas Schmitt, « Afrique et fédéralisme : le rendez-vous manqué (ou l’Afrique francophone, une vision très ambiguë de la démocratie) » dans Bernhard Waldmann, Peter Hänni et Eva Maria Belser, dir, *Föderalismus 2.0 - Denkanstösse und Ausblicke / Fédéralisme 2.0 – Réflexions et perspectives*, PIFF 1, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2011, 351–409.

selon que l'on est de la ville ou de la campagne, du lac ou de la montagne : ce sont des différences qui en Suisse revêtent une importance beaucoup plus grande qu'un étranger pourrait imaginer. Il ne faut pas tenter de les estomper et de donner aux citoyens l'impression qu'en n'entrant pas dans le moule classique ils deviennent des citoyens de seconde zone.

La question linguistique aurait pu créer des passerelles entre les différentes parties de l'Ukraine, mais le nationalisme a été le plus fort.

Ce nationalisme un peu artificiel est poursuivi jusqu'à l'entêtement. En mai 2014, le vice premier ministre de l'époque a annoncé au cours d'une conférence de presse très suivie (nous y étions), un plan de décentralisation, mais qui était limité aux collectivités locales²². Comme l'ont rappelé plusieurs experts présents à ce moment, l'Ukraine comportant un grand nombre de municipalités, le poids relatif de chacune d'entre elle reste très limité, de sorte que cette ébauche de décentralisation est très loin de représenter une véritable prise en compte de la dimension « binationale » du pays.

Une Russie en embuscade

Une deuxième erreur commise par les dirigeants ukrainiens (qui ont été aidés dans leur naïve ignorance par les Occidentaux) tient à la méconnaissance du danger extérieur. Quand un pays fraîchement indépendant évolue sous les yeux d'un voisin aussi impérieux que la Russie, il convient de faire attention à ne pas le vexer.

Une gestion de la politique linguistique respectueuse de la langue minoritaire peut permettre de ne pas envenimer ses relations avec l'« Etat-parent » (le fameux « kin-state ») des régions concernées²³. C'est le rôle fondamental joué par la neutralité dans la construction de la Suisse. Pourquoi la Suisse s'est-elle déclarée neutre ? Avant tout pour ne pas attirer l'attention et ne pas froisser la susceptibilité des grandes puissances qui n'ont jamais cessé de l'entourer. Simultanément, dès le moment où la Suisse est devenue plurilingue (car elle l'est

²² Cette initiative très limitée a été reprise par le président Petro Porochenko lui-même le 25 juin 2014 : <http://news.xinhuanet.com/english/world/2014-06/25/c_133437772.htm>.

²³ Voir, à propos de l'Autriche (qui est évidemment moins menaçante que la Russie mais dont les relations avec le Tyrol ont été très difficiles), Peter Hilpold et Christoph Perathoner, *Die Schutzfunktion des Mutterstaates im Minderheitenrecht (the « kin-state »): eine völkerrechtliche und europarechtliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Schutzfunktion Österreichs gegenüber der deutsch- und ladinischsprachigen Volksgruppe in Südtirol sowie der Diskussion um das ungarische Statusgesetz*, Berlin / Bern / Botzen / Wien 2007.

devenue essentiellement après que le pays eut été redessiné par Napoléon), les trois langues principales ont immédiatement été mises sur pied d'égalité pour éviter que les minoritaires ne soient tentés d'appeler les grands voisins à leur secours. Tout est lié. Le statut des langues se joint ici à la neutralité pour contribuer à la survie de l'Etat.

On fête cette année le bicentenaire du Congrès de Vienne. « Le 20 mars 1815, le Congrès de Vienne déclare qu'un acte sera établi "portant la reconnaissance et la garantie de la part de toutes les puissances de la neutralité perpétuelle de la Suisse dans ses nouvelles frontières" dès que la Suisse aura donné "son accession aux stipulations relatives à la constitution de son territoire". Le 27 mai, la Suisse adhère à cet arrangement et, le 20 novembre, elle obtient sa charte de neutralité. »²⁴ On lit dans le texte cette formule : « Les puissances signataires de la déclaration du 20 mars reconnaissent authentiquement, par le présent acte, que la neutralité et l'inviolabilité de la Suisse et son indépendance de toute influence étrangère, sont dans les vrais intérêts de la politique de l'Europe entière ».

Dans le cas de l'Ukraine, il était à prévoir que l'ours russe ne tarderait pas à ressortir ses griffes, une fois passée la période de grande faiblesse du pouvoir central qui a succédé à l'implosion de l'URSS. Paradoxalement, ce regain de puissance du pouvoir central en Russie a des effets aussi bien sur la Russie elle-même que sur l'Ukraine²⁵. En Russie, le fédéralisme instauré par la constitution de 1993, fédéralisme voulu par Boris Eltsine, est désormais considéré sous l'angle d'une faiblesse passagère de l'Etat central, et donc comme un système pouvant/devant être supprimé maintenant que ce même Etat central a repris des forces sous la présidence de Vladimir Poutine²⁶.

Gouverner c'est prévoir. Il est dommage que les autorités ukrainiennes aient omis de songer à leur encombrant voisin au moment de régler la question linguistique. D'une certaine manière, l'Ukraine a donné à la Russie les verges avec lesquelles elle a été sévèrement battue. Les événements vécus sur le Maidan de Kiev (la désormais tristement célèbre place de l'Indépendance) laissent supposer que la Russie était aux aguets du moindre faux pas de l'Ukraine pour justifier son

²⁴ Michel Salamin, *Documents d'Histoire suisse 1798-1847*, collection Recueils de textes d'Histoire suisse, Sierre, 1969 aux pp 69-70.

²⁵ Un colloque international a été consacré à ce thème de la comparaison entre le fédéralisme suisse et russe le 26 mai 2015 à Saint-Petersburg ; voir le compte rendu dans *Parlamentskaya Gazeta (Gazette parlementaire)*, jeudi 28 mai 2015 à la p 19.

²⁶ Et celui-ci ne s'est jamais embarrassé d'aucun scrupule ; voir « La mort de Nemtsov allonge la liste des assassinats politiques en Russie », en ligne : Le Monde <http://www.lemonde.fr/europe/article/2015/02/28/la-mort-de-nemtsov-allonge-la-liste-des-assassinats-politiques-en-russie_4585269_3214.html>.

intervention. Certes, il serait présomptueux d'affirmer qu'une meilleure gestion des langues aurait permis d'éviter la catastrophe, mais globalement il n'est pas interdit de penser qu'une meilleure gestion du caractère fondamentalement binational de l'Ukraine aurait désamorcé la crise, car les régions séparatistes de Donetsk et Lugansk n'auraient pas été enclines à soutenir les mouvements indépendantistes. Pensons au Canada ou à la Suisse qui, pour la seconde, n'a jamais connu de tel mouvement, et pour le premier a toujours su gérer le bilinguisme de manière à éviter – malgré de chaudes alertes – la scission du pays.

Tout occupée à se remplir les poches, la classe dirigeante ukrainienne ne s'est pas rendu compte que son déni de la réalité (à savoir le bilinguisme/multiculturalisme fondamental de l'Etat ukrainien) devenait de plus en plus dangereux à mesure qu'augmentait le pouvoir de Vladimir Poutine. Il n'est pas question ici de discuter de l'implication de la Russie dans les événements ukrainiens, mais même s'il s'agit d'une pure spéculation, on ne peut s'empêcher de se demander si la Loi ukrainienne sur la politique linguistique de l'État de 2012, jugée insuffisante par les Russophones et Russophiles, n'a pas joué un rôle de catalyseur. Quand on regarde la chronologie des événements en 2014, il est difficile d'imaginer que tout n'était pas planifié.

Dans la nuit du 17 au 18 février 2014, les manifestations anti-corruption plutôt bon enfant sont soudainement réprimées dans le sang, causant la mort d'environ 80 personnes²⁷. Le 22 février, le Parlement vote la destitution du président Ianoukovitch, apparemment en fuite à l'est du pays. L'opposante Ioulia Timochenko est libérée et fait sa première apparition publique le soir sur la place de l'Indépendance après deux années de détention.

Le lundi 24 février 2014, les Occidentaux s'organisent pour mettre en œuvre une aide évoquée la veille. Catherine Ashton, la chef de la diplomatie européenne, se rend dans le pays. De son côté, le pouvoir de transition demande 35 milliards d'euros d'aide, tandis que le Premier ministre russe Dmitri Medvedev juge « aberrant » de légitimer un gouvernement « qui est en fait le résultat d'une révolte ».

Le mardi 25 février 2014, le chef de la diplomatie américaine John Kerry met en garde la Russie contre toute intervention militaire. Le président ukrainien par intérim Olexandre Tourtchinov émet lui aussi une mise en garde contre toute tentative d'action de la flotte russe en mer Noire.

²⁷ « UKRAINE. Nuit sanglante à Kiev », en ligne : Nouvel-Observateur
<<http://tempsreel.nouvelobs.com/monde/20140218.OBS6713/ukraine-assaut-contre-le-siege-du-parti-de-ianoukovitch.html>>; voir également la note 19, ci-dessus.

Rien n'y fait : le lendemain déjà le drapeau russe est hissé sur le toit du parlement de Crimée où ont lieu des affrontements entre pro-russes et pro-occidentaux. Tout le monde connaît la suite : le 18 mars 2014, à la suite d'un référendum tenu le dimanche 16 mars²⁸, le gouvernement russe annonce que la République de Crimée (correspondant à l'ancienne République autonome de Crimée) et la ville de Sébastopol, anciennement ukrainiennes, deviennent deux nouveaux sujets fédéraux de la Fédération de Russie. Depuis lors, la guerre dans l'Est ukrainien a fait des milliers de victimes et n'est pas prête de s'éteindre.

Pour les élites russes, il ne doit pas y avoir de nation ukrainienne, puisque de fait l'Ukraine a toujours fait partie de la Russie²⁹. C'est sans doute une des raisons pour lesquelles les Ukrainiens ont voulu constituer une nation ukrainienne forte, mais ils s'y sont mal pris, jouant une triste resucée de la fable de La Fontaine « Le chêne et le roseau ».

V – L'UKRAINE COMME « NATIONALIZING STATE »

Depuis deux siècles, la question linguistique n'a jamais été résolue en Ukraine. Elle suscite continuellement des passions et des controverses. L'Ukraine est restée de plus en plus polarisée entre un Ouest ukrainophone et un Est russophone, et cette situation n'a jamais été remise en cause. Compte tenu de l'importance des russophones et des ukrainophones russophiles, il était évidemment malaisé de trouver un accord national pouvant rallier l'ensemble des ukrainophones et des russophones. Comme les présidents successifs n'ont pensé qu'à s'enrichir au détriment de leur pays, ils ont laissé les rapports de force s'envenimer jusqu'au point où plus aucune solution n'était acceptable pour les deux grands groupes impliqués.

La Loi sur les langues de 1989 ne pouvait plus satisfaire les ukrainophones, mais encore moins la Loi ukrainienne sur la politique linguistique de l'État de 2012³⁰. Reflet de la polarisation marquant le pays, ces deux lois sont considérées par les ukrainophones comme *trop* axées sur le bilinguisme, alors qu'elles ne le sont *pas assez* du point de vue des russophones. Pourtant, il faudra bien, un jour, que tous les Ukrainiens trouvent une solution satisfaisante à cet épineux problème. Il

²⁸ La Suisse elle-même aurait eu de la peine à mettre sur pied si rapidement un scrutin.

²⁹ « Russian Aggression: Genesis, goals, counteraction and legal consequences », en ligne : The Ukrainian Week, 3 avril 2014, <<http://ukrainianweek.com/Politics/106435>>.

³⁰ Loi controversée (mais abrogée depuis lors) : « Le président ukrainien fait du russe la seconde langue du pays », en ligne : la Croix <http://www.la-croix.com/Actualite/Monde/Le-president-ukrainien-fait-du-russe-la-seconde-langue-du-pays-_NP_-2012-08-09-840919>.

faudra que la solution soit avantageuse pour tout le monde, mais le travail de persuasion requis est énorme et les autorités sont dépassées ou peu intéressées. Le projet de loi de 1996 (Loi sur le développement et l'usage des langues en Ukraine) aurait sans doute mieux correspondu à l'Ukraine d'aujourd'hui, mais des considérations politiques ont empêché jusqu'à présent qu'il soit adopté³¹.

Au lieu d'adopter des politiques fédératrices (au sens de globalisantes), l'Ukraine n'a cessé d'être tiraillée entre russification et dérussification. Les autorités ont misé sur l'ukrainisation des russophones et des autres minorités. L'ukrainisation se heurte encore à une très forte résistance tant de la part des russophones que de la part des ukrainophones russophiles. C'est pourquoi toute solution devrait obligatoirement passer par l'abandon d'une nation ukrainienne caractérisée par une seule langue et une seule culture.

Ce type de politique permet à Brubaker de qualifier l'Ukraine de « nationalizing state » : « Un Etat ethniquement hétérogène, mais dont les élites promeuvent la *langue*, la culture, la politique et les succès économiques du groupe ethnique dominant »³².

À long terme, l'Ukraine devra renoncer à cette notion inappropriée : « un pays, une nation, une langue ». Il faudra donc privilégier la notion d'une « nation politique » plutôt qu'une « nation ethnique » irréaliste. Ainsi, la formation d'une identité ukrainienne, fondée sur des bases politiques plutôt qu'ethniques, pourrait être possible. Mais il reste encore beaucoup d'obstacles à surmonter avant de voir cette éventualité se concrétiser, car il va falloir adopter une nouvelle législation linguistique qui, bien plus que d'assurer la primauté de l'ukrainien tout en accordant des droits importants aux minorités régionales (ce qui semblait déjà inconcevable), affirme le bilinguisme de l'Ukraine. Cet équilibre semble difficile, voire impossible, à atteindre. L'exemple de la Suisse ou du Canada montre cependant que le défi peut être relevé avec succès.

³¹ Projet non adopté présenté en détail sur le site de l'ULaval :

<http://www.axl.cefanelaval.ca/europe/ukraine_loi-projet-96.htm>.

³² Rogers Brubaker, « National Minorities, Nationalizing States, and External Homelands in the New Europe » (1995) vol 124 n° 2 *Daedalus* 107-132 (disponible en ligne); voir également Dominique Arel, « Ukraine: The Temptation of the Nationalizing State » dans Vladimir Tismanu, dir, *Political Culture and Civil Society in the Former Soviet Union*, Armonk New-York, 1995, 157. De manière très intéressante, la théorie de Brubaker est contestée par Volodymyr Kulyk, « The Politics of Ethnicity in Post-Soviet Ukraine: Beyond Brubaker » (2001) 26:1-2 *Journal of Ukrainian Studies*, dont l'analyse pertinente en 2001 a été dramatiquement contredite par la suite.

Entre-temps, la guerre se poursuit et l'implosion de l'Ukraine menace.

Sur le plan linguistique, plutôt que de progresser, la situation est bloquée, car la très contestée Loi ukrainienne sur la politique linguistique de l'État de 2012 (n° 5029-VI) a été abrogée par une majorité pro-Ukrainienne le 23 février 2014. Cette loi, qui avait été adoptée dans des circonstances troublées par une majorité pro-russe, comprenant un fort groupe de débutés russophones avec l'appui d'un certain nombre de collègues ukrainophones russophiles (voir ci-dessus), accordait certaines prérogatives à la langue russe, mais aussi aux langues régionales ou minoritaires parlées en Ukraine et mentionnées à son article 7 : le russe, le biélorusse, le bulgare, l'arménien, le gagaouze, le yiddish, le tatar de Crimée, le moldave, l'allemand, le grec moderne, le polonais, le rom, le roumain, le slovaque, le hongrois, le ruthène, le karaïte et le trasianka, soit encore plus de langues que celles qui sont mentionnées dans la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires.

En effet, dans ses efforts pour éviter de reconnaître le bilinguisme de son pays, le président Ianoukovitch a tenté de s'appuyer sur la *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*. L'Ukraine a signé ce document le 2 mai 1996. Le Parlement ukrainien a ratifié le traité le 15 mai 2003. L'instrument de ratification a été déposé auprès du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe le 19 septembre 2005 et ce traité est entré en vigueur pour l'Ukraine le 1^{er} janvier 2006. Pour l'Ukraine, la Partie III de la *Charte* couvre le biélorussien, le bulgare, le tatar de Crimée, le gagaouze, l'allemand, le grec, le hongrois, le moldave, le polonais, le roumain, le russe, le slovaque et le yiddish³³.

Diplomatiquement, il n'est pas très subtil d'accorder au russe le même « rang » qu'une multitude de langues très minoritaires dont l'importance ne souffrait aucune comparaison avec le russe. Cela pose notamment deux problèmes auxquels il eût été sage de réfléchir en temps utile. D'un côté les russophones et russophiles doivent trouver indécent qu'une langue aussi importante soit « reléguée » au niveau de certaines langues presque anecdotiques (en termes de locuteurs et pas de qualité, cela va de soi). De l'autre, il est clair que la concrétisation des obligations imposées par la *Charte* est très différente en ce qui concerne le russe que les autres langues ultra-minoritaires. On le voit dans le rapport du Comité d'experts vérifiant l'application de la *Charte européenne* : « S'agissant du russe, la plupart des engagements qui ont été souscrits par l'Ukraine en vertu de la Charte et sur lesquels le Comité d'experts s'est prononcé

³³ Voir l'application de la Charte en Ukraine, 2^{ème} cycle de suivi, A. Rapport du Comité d'Experts de la Charte ; B. Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur l'application de la Charte par l'Ukraine ; du 15 janvier 2014 ; disponible aussi sur la Toile.

sont respectés ou en partie respectés. Cependant, cela s'explique en partie par le fait que la situation du russe est plus forte que ce que les engagements choisis ne laissent supposer »³⁴.

VI – PETITE COMPARAISON DU POINT DE VUE CONSTITUTIONNEL

Il peut paraître facile de blâmer les Ukrainiens pour n'avoir pas reconnu le bilinguisme *intrinsèque* de leur pays. Qu'auraient-ils pu faire, à tout le moins sous l'angle constitutionnel, sans tenir compte des éléments politiques voire émotionnels qu'il est plus difficile de maîtriser ? Quelques éléments de réponse en quelques coups de projecteur.

La Constitution ukrainienne du 28 juin 1996, modifiée au 8 décembre 2004, contient plusieurs dispositions linguistiques. La plus symptomatique est l'article 10, qui proclame que l'Ukrainien est la « langue officielle » (mot à mot : *derjavna mova*, c'est-à-dire « langue étatique » ou « langue d'État »)³⁵ :

Article 10

- ¹ La langue d'État de l'Ukraine est l'ukrainien.
- ² L'État assure le développement et le fonctionnement de la langue ukrainienne dans tous les domaines de la vie sociale partout sur le territoire de l'Ukraine.
- ³ En Ukraine, le libre développement, l'usage et la protection du russe et des autres langues des minorités nationales d'Ukraine sont garantis.
- ⁴ L'État favorise l'apprentissage des langues de communication internationale.
- ⁵ L'emploi des langues en Ukraine est garanti par la Constitution et est régi par la loi.

Pour les ukrainophones et autres ukrainophiles à l'origine du texte, les deux termes – « langue officielle » ou офіційна мова (*ofitziyna mova*) et « langue d'État » ou державна мова (*derjavna mova*) – ne sont pas tout à fait équivalents. Les défenseurs de la langue ukrainienne et de l'unilinguisme ukrainien voulaient insister sur cette nuance : il ne *saurait* y avoir qu'une seule « langue d'État » (en

³⁴ Rapport du Comité d'experts, *ibid* à la p 200.

³⁵ Ces considérations difficiles à saisir pour le commun des mortels sont dues à Jacques Leclerc, « Politique relative à la langue ukrainienne », en ligne : L'aménagement linguistique dans le monde <<http://www.axl.cefanelaval.ca/europe/ukraine-3valorisation-ukrainien.htm>>.

ukrainien, « d'État » se rend par l'adjectif « étatique »), alors qu'il *pourrait* y avoir deux ou plusieurs « langues officielles ». Dans une décision rendue le 12 décembre 1999, la Cour constitutionnelle de l'Ukraine a précisé l'interprétation qu'il fallait donner à l'article 10 de la Constitution et à l'expression originale de « langue d'État » plutôt que « langue officielle ». Dans son arrêt, la Cour constitutionnelle a admis que, par « langue d'État », il fallait comprendre « langue officielle de l'État », ce qui signifie que l'État rend son usage obligatoire dans les communications au sein de tous les organismes publics de la société ukrainienne. Le monolinguisme est ainsi gravé dans le marbre, en dépit de la réalité vécue.

Au surplus, l'article 132 de la Constitution ukrainienne dispose que « La structure territoriale de l'Ukraine est basée sur le principe d'unité et d'indivisibilité du territoire de l'Etat, la combinaison de centralisation et de décentralisation dans l'exercice du pouvoir étatique, et le développement socio-économique équilibré des régions qui prend en compte leurs caractéristique historiques, économiques, écologiques, géographiques et démographiques, de même que leurs traditions ethniques et culturelles »³⁶. Quand on songe que l'Ukraine représente une mosaïque régionale, marquée par des différences linguistiques et religieuses, un système centralisé paraît particulièrement inadapté.

Dans le cas de l'Ukraine, on pourrait voir dans l'expression « langue d'État » une manière de justifier l'unilinguisme ukrainien officiel. Pour les ukrainophiles, officialiser le bilinguisme constituerait un choix déplacé dans le cadre de l'État ukrainien souverain. Tous les russophones doivent se plier à l'unilinguisme officiel, comme c'était autrefois pour le bilinguisme dans le cas des ukrainophones. Or, en droit international, un « État bilingue » implique que cet État s'engage à utiliser deux langues auprès de ses citoyens ainsi que dans tous ses services administratifs. L'Ukraine n'a jamais voulu reconnaître une forme de bilinguisme appliqué à l'État, mais uniquement le respect des langues minoritaires dans le contexte du Conseil de l'Europe.

Les contorsions sémantiques faites par le pouvoir ukrainien pour ne pas devoir reconnaître le russe à l'égal de l'ukrainien rappellent le cas du Sahara espagnol où la dévolution offerte par le Maroc est généreuse, mais n'englobe aucun domaine relevant symboliquement de la souveraineté de la région³⁷.

³⁶ Nancy Popson, « Conclusion » dans Taras Kuzio et Paul d'Amiero, dir, *Dilemmas of State-Led Nation Building in Ukraine*, Londres, 2002 à la p 198, trad. de l'auteur.

³⁷ Voir Nicolas Schmitt, « L'Initiative marocaine dans le contexte de la Démocratie décentralisée », contribution présentée lors du Séminaire International sur la dimension de démocratie et des droits de l'homme dans l'initiative marocaine pour la négociation d'un statut d'autonomie pour la région du Sahara, Dakhla, 21-22, février 2011 ; voir également

Dans le monde francophone, on pourrait faire une analogie entre l'expression « langue d'État » et la formulation utilisée par la Constitution française du 4 octobre 1958, avec cette différence – vertigineuse! – par rapport à l'Ukraine que la France est officiellement monolingue depuis 1539³⁸.

Titre Premier – De la souveraineté

Article 2

La langue de la République est le français.
[...]

La constitution du Canada bilingue parle de « langues officielles ».

Langues officielles du Canada

16.1 Le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada.
Langues officielles du Nouveau-Brunswick

16.2 Le français et l'anglais sont les langues officielles du Nouveau-Brunswick; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions de la Législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick.

La constitution suisse a eu recours à la différence pouvant exister entre les deux notions de « langue officielle » et « langue d'État », mais dans un contexte bien différent. Pourtant, dès la Constitution du 29 mai 1874 (dans sa formulation originale), le texte est à la fois neutre et multilingue :

pour le statut d'autonomie : « Initiative marocaine pour la négociation d'un statut d'autonomie de la région du Sahara », en ligne : Mission Permanente du Royaume du Maroc auprès des Nations Unies à Genève <<http://www.mission-maroc.ch/fr/pages/308.html>>.

³⁸ L'ordonnance de Villers-Cotterêts est un texte législatif édicté par le roi de France François Ier, entre le 10 et le 25 août 1539 ; ce texte est célèbre pour être l'acte fondateur de la primauté et de l'exclusivité du français dans les documents relatifs à la vie publique du royaume de France.

Article 116

Les trois principales langues parlées en Suisse, l'allemand, le français et l'italien sont langues nationales de la Confédération.

Le terme est intéressant : langues nationales, quand bien même on ne parle jamais de nation suisse. Ce terme vient opportunément rappeler que le multilinguisme est constitutif de cette « Willensnation »³⁹. C'est encore plus « globalisant » que « langue d'Etat » ! Les trois principales langues ont été mises sur un pied d'égalité, quand bien même l'allemand (63,5 %) est bien plus parlé que le français (22,5 %) et l'italien (8,1 %)⁴⁰.

La différence sémantique est arrivée en 1938 avec la reconnaissance d'une quatrième langue, le romanche, qui a introduit – un peu comme en Ukraine – une différence entre langues *nationales* et langues *officielles*.

Art. 116

- ¹ Les langues ***nationales*** de la Suisse sont l'allemand, le français, l'italien et le romanche.
- ² La Confédération et les cantons encouragent la compréhension et les échanges entre les communautés linguistiques.
- ³ La Confédération soutient des mesures prises par les cantons des Grisons et du Tessin pour la sauvegarde et la promotion des langues romanche et italienne.
- ⁴ Les langues ***officielles*** de la Confédération sont l'allemand, le français et l'italien. Le romanche est langue officielle pour les rapports que la Confédération entretient avec les citoyens romanches. Les détails sont réglés par la loi.

La Suisse envisage les choses différemment de l'Ukraine ; la distinction se base sur une reconnaissance généreuse de la multiculturalité tempérée par une once de bon sens. Les quatre langues autochtones parlées dans le pays se voient reconnaître comme langues *nationales* (la « nation » étant précisément cette « Willensnation » évoquée ci-dessus), mais pour des raisons purement pratiques seules les trois plus importantes en termes de locuteurs ont reçu le statut de

³⁹ L'ancien président suisse Kaspar Villiger a consacré un livre à cette question dont il a été un témoin privilégié : *Eine Willensnation muss wollen : die politische Kultur der Schweiz: Zukunfts- oder Auslaufmodell?*, NZZ Libro, Zurich, 2009.

⁴⁰ « Langues déclarées comme langue principale, en 2013 », en ligne : Statistique suisse <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/01/05/blank/key/sprachen.html>>.

langues officielles, qui implique notamment la traduction de tous les documents officiels, la création de médias spécifiques, etc. Il était matériellement impossible de considérer le romanche comme une langue officielle car il comportait trop peu de locuteurs : seulement 0,5 % de la population. Les traductions systématiques auraient été trop coûteuses, et garantir un locuteur romanche dans l'administration fédérale aurait été très difficile.

Et pourtant, même déjà multilingue, la Suisse a fait un pas supplémentaire en direction du romanche. Dans la Constitution de 1999 entrée en vigueur en l'an 2000, celui-ci devient une langue « semi-officielle », en dépit des complications que cela peut engendrer. Si les actes législatifs ne sont pas traduits en romanche, il n'en reste pas moins la quatrième langue de travail du Tribunal fédéral, qui à ce jour a rendu deux décisions en langue romanche⁴¹.

CONCLUSION

Le droit des langues n'est pas un droit marginal destiné à donner du travail à quelques hurluberlus désireux de sauver l'araméen, le youkaguir et le nivkhe (ou gilyak), l'alyawarra et l'anindilyakwa, sans oublier les cinq dialectes romanches voire le bourbonnais ou le picard.

La politique linguistique appartient au cœur des politiques permettant de former, de maintenir et de consolider un Etat viable, démocratique et prospère. L'Ukraine est à ce titre un exemple tristement révélateur. Par manque de sagesse, de vista politique, d'esprit proactif, mais aussi en raison d'un nationalisme étroit, l'Ukraine a *viscéralement* rejeté trois éléments constitutifs qui, *mutatis mutandis*, ont contribué de manière significative à la stabilité immémoriale et à la prospérité (plus récente) de la Suisse :

- le multi- ou bilinguisme (pour l'Ukraine) officiel et reconnu, base de cet article, mais aussi
- le fédéralisme ; et
- la neutralité⁴².

⁴¹ Arrêts du Tribunal fédéral (ATF 122 I 93, ainsi que ATF 139 II 145 Sumvitg concernant une zone de vitesse limitée à 30 km/h).

⁴² C'est également la conclusion de Denys Kazanskyi dans « The Origins of Donetsk Separatism », en ligne : The Ukrainian Week, 3 février 2015, <<http://ukrainianweek.com/Society/129070>>.

Une anecdote permet d'illustrer à quel point les questions linguistiques restent sensibles, mais peuvent perdre leur capacité destructrice dans un environnement propice. La ville de Fribourg (Suisse) est officiellement francophone, mais *de facto* bilingue en raison d'une importante minorité germanophone. Celle-ci a souhaité que les panneaux indicateurs de la gare soient rédigés en deux langues « Fribourg/Freiburg ». Quelques « ultras » de la majorité francophone de la ville se sont violemment opposés à cette idée considérée comme la manifestation d'une dangereuse « germanisation rampante ». Mais en Suisse les décisions sont souvent très longues à prendre. En l'occurrence, la problématique ne relevait pas que de la ville, mais également des Chemins de fer et donc de la Confédération. La procédure a duré de longues années, au cours desquelles entre discussions, sondages, réunions de travail, etc. les passions ont eu le temps de s'estomper. Finalement, lorsque les nouveaux panneaux ont été posés, il n'y avait plus personne pour s'intéresser à la question et ils ont été inaugurés dans l'indifférence la plus totale. Il ne sert à rien de s'arc-bouter sur une seule langue, ce qui crée tensions et frustrations. L'ouverture de son côté finit par paraître naturelle, même si des efforts sont toujours requis.

Que ce soit sous l'ère soviétique ou après l'indépendance, les Ukrainiens se sont accrochés à l'idée que « la langue fait la nation ». Une telle attitude manquait de souplesse, mais elle a sans doute été soutenue par des experts aussi aveugles que le gouvernement⁴³. On peut comprendre les Ukrainiens qui portent l'héritage douloureux de la colonisation soviétique et d'un nationalisme fragile. Mais au lieu de transcender les clivages pour entrer dans le XXI^{ème} siècle, ils sont restés bloqués dans la controverse russification-dérussification, qui implique le rejet d'une politique linguistique ouverte et tolérante. Une telle manière de faire, jointe à la médiocrité et à la corruption des élites politiques, sans oublier la montée en puissance de la Russie « poutinienne » était porteuse de nombreux dangers. Preuve irréfutable de l'importance du droit des langues : tous les problèmes prévisibles ont fini par se réaliser, et sans doute dans une mesure bien pire que ce qui était attendu. Par ailleurs tout n'est pas résolu à ce jour, et la crise en Ukraine peut encore dégénérer.

Il n'empêche que les autorités restent aveugles. Aucune loi sur les langues n'est dans le pipe-line. Le président a entériné l'idée d'une décentralisation limitée aux

⁴³ Il est frappant de constater à quel point certains experts ont pu se tromper. Ainsi Taras Kuzio qui estimait en 2002 que l'Ukraine avait sereinement réussi à créer une nation avec un Etat, une langue, une histoire et une identité de type unitaire ; voir Taras Kuzio « The Nation-Building Project in Ukraine and Identity: Toward a Consensus » dans Paul D'Anieri, dir, *Dilemmas of state-led nation building in Ukraine*, Westport, 2002, aux pp 9 et s.

collectivités locales (voir ci-dessus)⁴⁴. Au surplus, le vendredi 15 mai 2015, le président Petro Porochenko a promulgué des lois qui ont provoqué la colère de la Russie. Elles interdisent toute propagande communiste et glorifient les combattants nationalistes. Ces lois, votées par le Parlement le 9 avril, visent à rompre définitivement avec le passé soviétique de l'Ukraine au moment où les autorités ukrainiennes combattent les séparatistes prorusses, pour la plupart nostalgiques de l'URSS, dans l'Est rebelle, conflit qui a fait plus de 6 200 morts depuis avril 2014. Ces textes approuvés près d'un quart de siècle après l'indépendance de l'Ukraine mettent sur le même plan les « régimes totalitaires communiste et nazi ». Des lois similaires existent dans les pays baltes et en Pologne⁴⁵, mais ces pays, membres de l'UE, évoluent dans un tout autre contexte. En Ukraine, la polarisation a de beaux jours devant elle...

⁴⁴ On ne parle plus de l'initiative Mylovanov : « A Call for Debate on Political Decentralization in Ukraine - If done right, decentralization can be a great solution for Ukraine », en ligne : <<https://sites.google.com/site/decentralizationinukraine/>>. Les discussions sur la décentralisation ou le fédéralisme sont reléguées aux oubliettes de l'histoire.

⁴⁵ « Porochenko édicte des lois sur la désoviétisation », en ligne : 24 heures <<http://www.24heures.ch/monde/asie-oceanie/porochenko-edicte-lois-desovietisation/story/11616074>>.

LES OBLIGATIONS LINGUISTIQUES DES ASSOCIATIONS PROFESSIONNELLES AU NOUVEAU-BRUNSWICK

Michel Doucet*

INTRODUCTION

L'analyse juridique du statut et du rôle des associations professionnelles¹ porte généralement sur le contrôle de la légalité des décisions prises par ces organismes. Dans le présent texte, nous allons sortir de ce cadre et porter notre attention sur les obligations linguistiques des associations professionnelles néo-brunswickoises. Or, pour ce faire, nous croyons qu'il est utile d'entreprendre, dans un premier temps, un examen sommaire de la nature et du rôle de ces associations.

I – LES ASSOCIATIONS PROFESSIONNELLES

Le paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*² accorde aux provinces la compétence sur la propriété et les droits civils. La délivrance de permis autorisant la pratique d'une profession et sa réglementation relèvent de cette

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Moncton et directeur de l'Observatoire international des droits linguistiques.

¹ Selon le Grand dictionnaire terminologique de l'Office de la langue française du Québec, le terme approprié pour identifier ces organismes serait « ordre professionnel ». Il existerait une distinction entre les « associations professionnelles » et les « ordres professionnels ». Les « associations professionnelles » ont pour mandat de représenter les intérêts de leurs membres. Elles ne seraient donc pas des organismes qui légifèrent sur la pratique (par exemple, l'Association des juristes d'expression française du Nouveau-Brunswick). Pour leur part, les « ordres professionnels » sont des organismes de réglementation et de surveillance qui veillent à la protection de la population. Ils s'assurent que leurs membres délivrent des services de qualité et respectent les lois et le code liés à leur profession. Le Barreau du Nouveau-Brunswick serait, selon cette définition, un ordre professionnel. Toutefois, au Nouveau-Brunswick, le Projet de loi 49 : *Loi modifiant la loi relative aux langues officielles*, sanctionné le 5 juin 2015, identifie ces organismes comme des « associations professionnelles ». Nous utiliserons donc cette expression dans ce texte.

² (R-U), 30 & 31 Vic, c 3, reproduite dans LRC 1985, ann II, n° 5.

compétence provinciale³. Les provinces ont donc le pouvoir de réglementer les associations professionnelles. Toutefois, au lieu d'exercer ce pouvoir, les provinces ont préféré déléguer cette responsabilité à ces organismes.

A – La nature de l'association professionnelle

Selon le paragraphe 41.1(1) du projet de loi 49 : *Loi relative aux langues officielles*, sanctionné le 5 juin 2013, qui entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2016, une association professionnelle « s'entend d'une organisation de personnes qui, par loi provinciale, est habilitée à admettre, à suspendre ou à expulser des personnes relativement à l'exercice d'une profession ou à leur imposer des exigences à l'égard de cet exercice ». L'association professionnelle est donc un organisme créé par une loi provinciale auquel la province a délégué le pouvoir d'encadrer l'accès et l'exercice d'une profession. Cet organisme est composé des membres de la profession qui ont la responsabilité de la diriger. En règle générale, l'association professionnelle établit ses propres règlements, voit à son financement et à la discipline de ses membres. En plus du privilège accordé aux membres de l'association d'être seuls à avoir droit de porter un titre et à avoir l'exclusivité sur certains actes, la constitution en « association professionnelle » comporte également, pour le groupe, des responsabilités, des prérogatives et des contraintes importantes destinées à la protection du public.

Au lieu de légiférer lui-même sur des questions qui peuvent lui paraître complexes, délicates et techniques ou qui évoluent trop rapidement pour être figées dans des textes législatifs définitifs ou qui font l'objet de discussions parlementaires, le gouvernement préfère, parfois, déléguer son pouvoir constitutionnel à un organisme administratif. C'est précisément le cas avec les associations professionnelles, d'autant plus que le législateur est souvent réticent à empiéter sur le principe de l'autonomie ou de l'indépendance des professions. L'État confie donc à ces organismes des pouvoirs qu'il serait normalement en droit d'exercer.

Les associations professionnelles ont donc le droit de réglementer leurs affaires internes, les modalités des élections et les pouvoirs des dirigeants. En plus de ces pouvoirs, le législateur peut également leur déléguer expressément ou implicitement le pouvoir de réglementer d'autres aspects d'une profession, tels que :

- le contenu de la formation et du stage préalable à l'admission;

³ Voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol 1 à la p 21-10; *Law Society of British Columbia c Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 RCS 113 aux para 38-43 et 46; et *Krieger c Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 RCS 372 au para 33.

- les conditions d'admission à l'exercice de la profession;
- l'examen d'admission à l'exercice de la profession;
- les conditions mêmes de l'exercice de la profession;
- les tarifs d'honoraires;
- l'éthique professionnelle et les actes dérogatoires;
- la création d'organes disciplinaires et la procédure disciplinaire;
- les peines disciplinaires.

Les juristes anglophones décrivent avec beaucoup de justesse ces associations comme des « self-governments »⁴. Dans un certain sens, en tant qu'organismes exerçant d'importants pouvoirs de réglementation, de contrôle, d'administration et de discipline, les associations professionnelles peuvent être considérées comme des pouvoirs publics.

Sans prétendre avoir entrepris une analyse exhaustive des lois constitutives de chacune, il existerait au moins 43 organismes au Nouveau-Brunswick qui peuvent être définis comme des associations professionnelles⁵. Cette liste comprend :

- Association d'économie domestique du Nouveau-Brunswick (AÉDNB)⁶;
- Association de cosmétologie du Nouveau-Brunswick (ACNB)⁷;
- Association de massothérapie du Nouveau-Brunswick (AMNB)⁸;
- Association de podiatrie du Nouveau-Brunswick (APNB)⁹;
- Association des agents immobiliers du Nouveau-Brunswick (AINB)¹⁰;
- Association des architectes du Nouveau-Brunswick (AANB)¹¹;
- Association des Arpenteurs-Géomètres du Nouveau-Brunswick (AAGNB)¹²;

⁴ Voir, entre autres, J.K. Lieberman, « Some Reflections on Self-Regulation » dans *The Professions and Public Policy*, Toronto, University of Toronto Press, 1976 à la p 89.

⁵ Cette liste a été compilée à la suite d'une enquête menée par le gouvernement provincial en janvier 2015.

⁶ Malgré nos recherches nous n'avons pu trouver la loi créant cette association qui pourtant a été identifiée dans la liste préparée par le gouvernement provincial.

⁷ *Loi constituant en société l'Association de cosmétologie du Nouveau-Brunswick (Loi sur la cosmétologie)*, LNB 1998, c 48.

⁸ *Loi constituant le Collège des massothérapeutes du Nouveau-Brunswick* (2009).

⁹ *Loi concernant la podiatrie*, LNB 1983, c 101.

¹⁰ *Loi constituant l'Association des agents immobiliers du Nouveau-Brunswick*, LNB 1994, c 115.

¹¹ *Loi relative à l'association des architectes du Nouveau-Brunswick*, LNB 1987, c 66.

¹² *Loi constituant en corporation l'Association des arpenteurs-géomètres du Nouveau-Brunswick*, LNB 1986, c 91.

- Association des assistant(e)s dentaires du Nouveau-Brunswick (AADNB)¹³;
- Association des barbiers immatriculés du Nouveau-Brunswick (ABINB)¹⁴;
- Association des chiropraticiens de Nouveau-Brunswick (ACNB)¹⁵;
- Association des designers d'intérieur immatriculés du Nouveau-Brunswick (ARIDNB)¹⁶;
- Association des diététistes du Nouveau-Brunswick (ADNB)¹⁷;
- Association des directeurs funéraires et embaumeurs du Nouveau-Brunswick (ADFENB)¹⁸;
- Association des ergothérapeutes du Nouveau-Brunswick (AENB)¹⁹;
- Association des évaluateurs immobiliers du Nouveau-Brunswick²⁰;
- Association des forestiers agréés du Nouveau-Brunswick (ARPFNB)²¹;
- Association des Infirmier(ère)s Auxiliaires Autorisé(e)s du Nouveau-Brunswick (AIAANB)²²;
- Association des infirmières et infirmiers du Nouveau-Brunswick (AIINB)²³;
- Association des ingénieurs et des géoscientifiques du Nouveau-Brunswick (AIGNB)²⁴;
- Association des médecins vétérinaires du Nouveau-Brunswick²⁵;
- Association des officiels de la construction du Nouveau-Brunswick²⁶;
- Association des opticiens du Nouveau-Brunswick²⁷;

¹³ *Act Respecting Dental Technicians*, LNB 1957, c 71.

¹⁴ *Loi constituant l'Association des barbiers immatriculés du Nouveau-Brunswick*, LNB 2007, c 82.

¹⁵ *Loi constituant en corporation l'Association des chiropraticiens du Nouveau-Brunswick*, LNB 1997, c 69.

¹⁶ *Loi relative à l'Association des designers d'intérieur immatriculés du Nouveau-Brunswick*, LNB 1987, c 67.

¹⁷ *Loi relative à l'Association des diététistes du Nouveau-Brunswick*, LNB 1988, c 75.

¹⁸ *Loi sur les embaumeurs, les entrepreneurs de pompes funèbres et les fournisseurs de services funèbres*, LNB 2004, c 51.

¹⁹ *Loi relative à l'Association des ergothérapeutes du Nouveau-Brunswick*, LNB 1988, c 76.

²⁰ *Loi constituant l'Association des évaluateurs immobiliers du Nouveau-Brunswick*, LNB 1994, c 108.

²¹ *Loi relative à l'Association des forestiers agréés du Nouveau-Brunswick*, LNB 2001, c 50.

²² *Loi sur les infirmières et infirmiers auxiliaires autorisés*, LNB 1977, c 60.

²³ *Loi sur les infirmières et les infirmiers*, LNB 1984, c 71.

²⁴ *Loi sur les professions d'ingénieur et de géoscientifiques*, LNB 1986, c 88.

²⁵ *Loi relative à l'Association des médecins vétérinaires du Nouveau-Brunswick (Loi sur les vétérinaires)*, LNB 1990, c 70.

²⁶ *Loi concernant les officiels de la construction et l'Association des officiels de la construction du Nouveau-Brunswick*, LNB 2002, c 56.

²⁷ *Loi sur les opticiens*, LNB 2002, c 58.

- Association des optométristes du Nouveau-Brunswick (AONB)²⁸;
- Association des orthophonistes et des audiologistes du Nouveau-Brunswick (AOANB)²⁹;
- Association des paramédics du Nouveau-Brunswick (PANB)³⁰;
- Association des technologistes de laboratoire médical du Nouveau-Brunswick³¹;
- Association des technologues en radiation médicale du Nouveau-Brunswick (ATRMNB)³²;
- Association des thérapeutes respiratoires du Nouveau-Brunswick, Inc. (ATRNB)³³;
- Association des travailleurs sociaux du Nouveau-Brunswick (ATSNB)³⁴;
- Barreau du Nouveau-Brunswick (BNB)³⁵;
- Collège des médecins et chirurgiens du Nouveau-Brunswick (CMCNB)³⁶;
- Collège des Physiothérapeutes du Nouveau-Brunswick (CPNB)³⁷;
- Collège des psychologues du Nouveau-Brunswick (CPNB)³⁸;
- Comptables Professionnels Agréés du Nouveau-Brunswick (CPANB)³⁹;
- Corporation des traducteurs, traductrices, terminologues et interprètes du Nouveau-Brunswick (CTINB)⁴⁰;

²⁸ *Loi sur l'optométrie de 2004*, LNB 2004, c 50.

²⁹ *Loi constituant l'Association des orthophonistes et des audiologistes du Nouveau-Brunswick*, LNB 1987, c 71.

³⁰ *Loi concernant l'Association des travailleurs paramédicaux du Nouveau-Brunswick*, LNB 2006, c 33.

³¹ *Loi sur les technologistes de laboratoire médical*, LNB 1991, c 67.

³² *Loi constituant l'association des Technologues en radiation médicale du Nouveau-Brunswick*, LNB 2004, c 45.

³³ *Loi sur les thérapeutes respiratoires*, LNB 2009, c 18.

³⁴ *Loi de 1988 sur l'Association des travailleurs sociaux du Nouveau-Brunswick*, LNB 1988, c 78.

³⁵ *Loi de 1996 sur le barreau*, LNB 1996, c 89.

³⁶ *Loi relative à la Société médicale du Nouveau-Brunswick et au Collège des médecins et chirurgiens du Nouveau-Brunswick*, LNB 1981, c 87.

³⁷ *Loi concernant le Collège des physiothérapeutes du Nouveau-Brunswick*, LNB 2010, c 7.

³⁸ *Loi sur le collège des psychologues*, LNB 1980, c 61.

³⁹ *Loi de 1998 sur les comptables agréés*, LNB 1998, c 53, remplacé par la *Loi sur les comptables professionnels agréés*, LNB 2014, c 28, art 1 : « lois antérieures » L'ensemble des lois suivantes : la *Loi de 1998 sur les comptables agréés*, chapitre 53 des Lois du Nouveau-Brunswick de 1998, la *Loi sur l'Association des comptables généraux accrédités du Nouveau-Brunswick*, chapitre 86 des Lois du Nouveau-Brunswick de 1986, et la *Loi de 1995 sur les comptables en management accrédités*, chapitre 55 des Lois du Nouveau-Brunswick de 1995, ensemble leurs modifications.

⁴⁰ *Loi concernant la Corporation des traducteurs, traductrices, terminologues et interprètes du Nouveau-Brunswick*, LNB 1989, c 66.

- Institut des agronomes du Nouveau-Brunswick (IANB)⁴¹;
- Institut des urbanistes de l'Atlantique (IUA)⁴²;
- Ordre des hygiénistes dentaires du Nouveau-Brunswick (OHDNB)⁴³;
- Ordre des pharmaciens du Nouveau-Brunswick (OPNB)⁴⁴;
- Société dentaire du Nouveau-Brunswick (SDNB)⁴⁵;
- Société des denturologistes du Nouveau-Brunswick⁴⁶;
- Société des techniciens et des technologues agréés du génie du Nouveau-Brunswick (STTAGNB)⁴⁷;
- Société des technologues en cardiologie du Nouveau-Brunswick (STCNB)⁴⁸.

En créant ces associations, le législateur néo-brunswickois avait non seulement pour but de protéger les membres de celles-ci, mais également le public qui entre en relation avec le professionnel. Le législateur justifie l'autonomie qu'il accorde à ces associations en tenant pour acquis que seuls les professionnels concernés possèdent les connaissances nécessaires pour mener à bien les objets de la profession. L'autonomie ainsi accordée équivaut essentiellement au pouvoir de décider qui aura le droit d'exercer une profession. Toutefois, les membres d'une association professionnelle ne sont pas les seuls qui peuvent être affectés par les services rendus par un professionnel. D'autres personnes peuvent l'être également comme, par exemple, les travailleurs œuvrant dans des domaines connexes, les membres d'une profession dont le champ d'activités est étroitement lié à cette profession, les aspirants à la profession, les maisons d'éducation et les éducateurs et le public qui reçoit les services de ces professionnels.

Les associations professionnelles ont donc été établies, d'abord et avant tout, pour des raisons d'intérêt public. Il y a quelques années, la *Commission Royale d'enquête sur les droits civils dans la province de l'Ontario* – la Commission McRuer – y voyait la seule raison légitimant une délégation de pouvoirs aussi vaste à ces organismes.

⁴¹ *Loi constituant en corporation l'Institut des agronomes du Nouveau-Brunswick*, LNB 2004, c 46.

⁴² *Loi sur les urbanistes professionnels certifiés*, LNB 2005, c 34.

⁴³ *Loi concernant l'Ordre des hygiénistes dentaires du Nouveau-Brunswick*, LNB 2009, c 10.

⁴⁴ *Loi sur la Pharmacie*, LNB 1983, c 100.

⁴⁵ *Loi relative à la société dentaire du Nouveau-Brunswick (Loi dentaire du Nouveau-Brunswick, 1985)*, LNB 1985, c 73.

⁴⁶ *Loi sur les denturologistes*, LNB 1986, c 90.

⁴⁷ *Loi relative à la société des techniciens et des technologues agréés du génie du Nouveau-Brunswick*, LNB 1986, c 92.

⁴⁸ *Loi concernant la Société des technologues en cardiologie du Nouveau-Brunswick*, 2004, c 49.

The granting of self-government is a delegation of legislative and judicial functions and can only be justified as a safeguard to the public interest. The power is not conferred to give or reinforce a professional or occupational status. The relevant question is not “do the practitioners of this occupation desire the power of self-government?” but “is self-government necessary for the protection of the public?” No right of self-government should be claimed merely because the term “profession” has been attached to the occupation. The power of self-government should not be extended beyond the present limitations, unless it is clearly established that the public interest demands it [nous soulignons]⁴⁹.

Au Nouveau-Brunswick, les associations professionnelles sont créées par un texte législatif communément appelé « loi d'intérêt privé ». La procédure à suivre relativement à l'adoption des projets de « loi d'intérêt privé » diffère de celle relative aux projets de « loi d'intérêt public ». Un projet de « loi d'intérêt public » est simplement rédigé et déposé, mais avant qu'un projet de « loi d'intérêt privé » puisse être déposé à l'Assemblée législative, plusieurs étapes doivent être suivies. Un projet de « loi d'intérêt privé » porte sur des questions locales ou d'intérêt privé ou est en faveur ou dans l'intérêt particulier d'une personne ou d'un groupe de personnes, d'une corporation ou d'une municipalité. Par conséquent, avant qu'une faveur d'une telle nature ne soit accordée, l'Assemblée législative doit s'assurer que les mesures législatives en question ne porteront aucun préjudice à d'autres droits ou à d'autres intérêts⁵⁰. Un premier constat s'impose donc : la province du Nouveau-Brunswick, en autorisant la création de ces associations, a l'obligation de s'assurer qu'elles respectent ses obligations linguistiques constitutionnelles et législatives.

B – Le rôle de l'association professionnelle

Le projet de « loi d'intérêt privé » a donc, comme son nom l'indique, pour objet de veiller aux intérêts ou aux avantages particuliers d'un individu ou d'un certain nombre d'individus contrairement au projet de « loi d'intérêt public » qui, lui, porte sur une matière ou qui contient des mesures qui touchent l'ensemble de la société. En règle générale, une loi constituant une association professionnelle est à l'avantage de ses membres. Toutefois, si ces lois confèrent un pouvoir de gestion

⁴⁹ Royal Commission, *Inquiry into Civil Rights*, (Commission McRuer), 1968, Report no 1, vol 3 à la p 1162 [*Inquiry into Civil Rights*].

⁵⁰ Voir Assemblée législative du Nouveau-Brunswick, « Procédure relativement à un projet de loi d'intérêt privé », en ligne : <<http://www.gnb.ca/legis/publications/billbecomeslaw/bill4-f.asp>>.

concernant l'administration interne des associations professionnelles, elles ont également pour effet de réglementer les rapports qu'elles ont avec la société. Le législateur doit donc s'assurer, en créant ces associations, de retenir un certain contrôle sur leurs activités. Ce contrôle peut s'exercer de différentes manières :

- le lieutenant-gouverneur en conseil ou un ministre peut, par exemple, nommer un ou plusieurs membres du conseil d'administration chargé des affaires de l'association;
- il peut être prévu que les règlements adoptés par l'association seront approuvés par le lieutenant-gouverneur en conseil;
- le lieutenant-gouverneur en conseil peut se réserver la faculté de révoquer ou d'abroger la réglementation adoptée par l'association;
- la loi peut contenir des dispositions détaillées relatives aux conditions d'admission des membres, auxquelles l'association peut ajouter des conditions spécifiques;
- le législateur peut prévoir la nécessité de publier dans la *Gazette royale* les règlements adoptés par l'association.

Nous n'avons pas l'intention d'analyser de façon détaillée tous les pouvoirs que le législateur a accordés à chacune des associations professionnelles de la province. Nous pouvons, cependant, affirmer que le pouvoir de réglementation attribué habituellement à ces associations s'articule généralement autour de l'administration interne, des conditions d'admission à la profession et de la réglementation de la profession elle-même. L'association professionnelle a le pouvoir de délivrer des permis pour l'exercice d'une profession, d'établir des normes académiques et de compétence, de fixer la procédure d'admission, d'exercer la discipline et d'adopter les principes d'éthique professionnelle. Elle peut également établir les règles concernant les assemblées de ses membres, les modalités d'élection de ses dirigeants, la création de comités internes, le montant de la cotisation des membres, etc. Le conseil d'administration de l'association, quant à lui, est généralement investi du pouvoir de réglementation. Le règlement, une fois finalisé, doit par la suite être approuvé par les membres réunis en assemblée générale.

Les associations professionnelles jouissent donc d'un monopole à l'égard de l'exercice d'une profession. Elles ont la responsabilité de vérifier que les personnes qu'elles autorisent à l'exercer sont qualifiées et répondent aux normes de compétence exigées pour la pratique de cette profession. Ces pouvoirs ne sont pas délégués à l'association pour lui permettre de protéger les intérêts économiques de ses membres, mais plutôt dans le but d'assurer qu'ils possèdent les habiletés et les compétences nécessaires pour exercer une profession.

Les associations professionnelles ont l'obligation de maintenir des critères de compétence pour leurs membres. Or, le contrôle de l'admission à une profession ne constitue pas le seul moyen pour y arriver. En fait, les associations professionnelles se réglementent elles-mêmes de façon continue. Le législateur considère qu'elles sont en meilleures positions pour juger des cas de violation de l'éthique professionnelle et, par conséquent, il leur a délégué un important pouvoir de réglementation de la discipline professionnelle. À cet effet, la Commission McRuer a identifié trois groupes distincts qui ont un intérêt particulier dans le contrôle d'une profession :

- (1) Le public qui doit être le premier bénéficiaire de l'ensemble du processus;
- (2) Les membres de l'association dont les manquements peuvent faire l'objet de mesures disciplinaires; et
- (3) La profession elle-même, qui a un intérêt général à maintenir des normes élevées de compétence professionnelle.⁵¹

L'un des pouvoirs les plus importants qu'une association exerce vis-à-vis ses membres est celui d'imposer une mesure disciplinaire dans le cas d'un manquement aux normes professionnelles. En règle générale, la loi constitutive d'une association ne détermine pas précisément la procédure qui sera applicable devant le tribunal disciplinaire; cette question étant laissée bien souvent à la discrétion de l'association. Toutefois, personne ne contestera le fait que les peines disciplinaires imposées par une association peuvent être lourdes de conséquences. Cette peine peut aller de la simple réprimande, à la suspension et, dans les cas les plus graves, à l'expulsion du membre de la profession. En exerçant son pouvoir disciplinaire, l'association professionnelle agit donc de façon quasi-judiciaire. Le droit lui impose, dès lors, l'obligation de respecter certains principes fondamentaux de justice naturelle.

II – LES OBLIGATIONS LINGUISTIQUES DES ASSOCIATIONS PROFESSIONNELLES

Comme nous venons de le voir, les associations professionnelles contrôlent l'admission à une profession et les conditions de son exercice. En ce sens, elles exercent une partie des pouvoirs de l'État et nous pouvons donc les considérer comme faisant partie de l'administration publique provinciale. En plus de leurs membres, elles sont d'ailleurs appelées à traiter avec le public. En ce faisant, les

⁵¹ *Inquiry into Civil Rights*, supra note 48 à la p 1183.

associations doivent tenir compte des droits linguistiques conférés au public et aux obligations que ceux-ci leur imposent. Les obligations linguistiques de ces associations tirent leur origine de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵² et de la *Loi sur les langues officielles*⁵³.

A – La *Charte canadienne des droits et libertés*

La première question qui se pose est celle de savoir si les associations professionnelles sont des institutions au sens de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵⁴. Nous tenons immédiatement à écarter l'argument qui voudrait que ces associations ne soient pas soumises aux obligations linguistiques de la *Charte* parce qu'elles ont été créées par une loi d'intérêt privé. Dans l'affaire *R. c. Losier*⁵⁵, le juge McIntyre de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, a conclu que le paragraphe 18(2) de la *Charte* ne s'appliquait pas à la *New Brunswick Chiropractors Act*⁵⁶ parce que ce texte était issu d'une initiative privée, et, par conséquent, ne relevait pas de l'article 32 de la *Charte*. Pour les raisons suivantes, nous ne pouvons souscrire à cette conclusion qui, à notre avis, est mal fondée en droit.

En vertu du paragraphe 32(1), la *Charte* s'applique « au Parlement et au gouvernement du Canada » et « à la législature et au gouvernement de chaque province ». Les deux paliers de gouvernement sont donc liés par les dispositions de la *Charte*. De plus, tout organisme qui exerce un pouvoir légal est également lié par la *Charte*. Dans cette catégorie, nous pouvons inclure le gouverneur-général ou le lieutenant-gouverneur en conseil, les ministres, les fonctionnaires, les municipalités, les tribunaux et les agents de police. Or, la *Charte* s'applique également à d'autres organismes que ceux que nous venons d'énumérer.

Afin de pouvoir identifier à quels autres organismes la *Charte* s'applique, il convient, dans un premier temps, de faire une distinction entre les sociétés privées, qui sont constituées en vertu d'une loi et dont l'existence et les pouvoirs dépendent d'une loi habilitante, et les organismes créés en vertu d'une loi qui leur confère, outre leur existence, un pouvoir de coercition propre à l'action gouvernementale. Les deux sont des personnes morales possédant les droits d'une personne physique, mais seul le deuxième type d'organisme est soumis aux dispositions de la *Charte*.

⁵³ LN-B 2002, c O-0.5 [LLO].

⁵⁴ 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].

⁵⁵ (1992), 130 RNB (2^e) 53, [1992] AN-B n° 672 (QL).

⁵⁶ SNB 1958, c 64.

À titre d'exemple, dans les arrêts *McKinney c. Université de Guelph*⁵⁷ et *Stoffman c. Vancouver General Hospital*⁵⁸, la Cour suprême du Canada a conclu que les politiques de mise à la retraite obligatoire en vigueur dans une université et dans un hôpital ne pouvaient pas être contestées en vertu de la *Charte*. Même si l'université et l'hôpital étaient tous deux créés et investis de certains pouvoirs par une loi, ni l'un ni l'autre de ces deux établissements ne possédait des pouvoirs dépassant ceux d'une personne physique. En ce qui concerne les universités, la Cour a déclaré :

L'autonomie en droit des universités est entièrement étayée par leur rôle traditionnel dans la société. Toute tentative du gouvernement d'influencer les décisions des universités, particulièrement celles qui concernent la nomination, la permanence et le renvoi de membres du personnel enseignant, ferait l'objet d'une opposition acharnée de la part des universités puisque cela pourrait conduire à des violations de la liberté académique. En un mot, ce ne sont pas des décisions du gouvernement. Bien que la législature puisse délimiter en grande partie le milieu dans lequel les universités fonctionnent, la réalité est qu'elles fonctionnent comme des organismes autonomes dans ce milieu. Il peut y avoir des situations relatives à des activités spécifiques où l'on peut dire à juste titre que la décision est celle du gouvernement ou que la participation gouvernementale à la décision est suffisante pour en faire un acte du gouvernement, mais rien n'indique en l'espèce que le gouvernement a participé à la décision et, comme je l'ai souligné, la loi n'impose pas la retraite obligatoire aux universités.

Or, dans la décision *Eldridge c. Colombie-Britannique*⁵⁹, la Cour suprême du Canada a statué qu'une entité qui « met en œuvre une politique ou un programme gouvernemental déterminé »⁶⁰ est liée par la *Charte*. Au nom des juges unanimes de la Cour, le juge La Forest a résumé comme suit les principes applicables dans un tel cas :

il peut être jugé que la *Charte* s'applique à une entité pour l'une ou l'autre des deux raisons suivantes. Premièrement, il peut être décidé que l'entité elle-même fait partie du « gouvernement » au

⁵⁷ [1990] 3 RCS 229, 76 DLR (4^e) 545.

⁵⁸ [1990] 3 RCS 483, 76 DLR (4^e) 700.

⁵⁹ [1997] 3 RCS 624, 151 DLR (4^e) 577.

⁶⁰ *Ibid* au para 43.

sens de l'art. 32. Une telle conclusion requiert l'examen de la question de savoir si l'entité dont les actes ont suscité l'allégation d'atteinte à la *Charte* peut — soit de par sa nature même, soit à cause du degré de contrôle exercé par le gouvernement sur elle — être à juste titre considérée comme faisant partie du « gouvernement » au sens du par. 32(1). En pareil cas, toutes les activités de l'entité sont assujetties à la *Charte*, indépendamment du fait que l'activité en cause pourrait à juste titre être qualifiée de « privée » si elle était exercée par un acteur non gouvernemental. Deuxièmement, une activité particulière d'une entité peut être sujette à révision en vertu de la *Charte* si cette activité peut être attribuée au gouvernement. Il convient alors d'examiner non pas la nature de l'entité dont l'activité est contestée, mais plutôt la nature de l'activité elle-même. Autrement dit, il faut, en pareil cas, s'interroger sur la qualité de l'acte en cause plutôt que sur la qualité de l'acteur. Si l'acte est vraiment de nature « gouvernementale » — par exemple, la mise en œuvre d'un régime légal ou d'un programme gouvernemental donné — l'entité qui en est chargée est assujettie à l'examen fondé sur la *Charte*, mais seulement en ce qui a trait à cet acte, et non à ses autres activités privées. Ainsi, l'hôpital qui pour certaines de ses activités n'est pas liée par la *Charte* peut l'être dans d'autres cas.⁶¹

Ainsi, si l'activité exercée par une entité non gouvernementale est de nature gouvernementale, cette activité sera soumise aux obligations de la *Charte* bien que pour d'autres activités, l'entité ne soit pas liée par la *Charte*.

Il est également important de rappeler que le paragraphe 32(1) de la *Charte* ne s'applique pas seulement qu'au Parlement, aux législatures et au gouvernement, mais aussi à tous les domaines qui relèvent de ces institutions. Dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*, le juge La Forest a expliqué la raison d'être de la grande portée de l'article 32 comme suit :

Si la *Charte* devait en effet ne s'appliquer qu'aux organismes faisant institutionnellement partie du gouvernement et non à ceux qui sont de nature gouvernementale (ou qui accomplissent des actes gouvernementaux) dans les faits, le gouvernement fédéral et les provinces pourraient facilement se soustraire aux obligations que la *Charte* leur impose en octroyant certains de leurs pouvoirs à

⁶¹ *Ibid* au para 44.

d'autres entités et en leur faisant exécuter des fonctions ou appliquer des politiques qui sont, en réalité, gouvernementales. Autrement dit, le Parlement, les législatures provinciales et la branche exécutive des gouvernements fédéral ou provinciaux n'auraient qu'à créer des organismes distincts d'eux et à leur conférer le pouvoir d'exécuter des fonctions gouvernementales pour échapper aux contraintes que la Charte impose à leurs activités. De toute évidence, cette façon de faire réduirait indirectement la portée de la protection prévue par la *Charte* d'une manière que le législateur pourrait difficilement avoir voulue et entraînerait des conséquences pour le moins indésirables. En effet, compte tenu de leur importance fondamentale, les droits garantis par la *Charte* doivent être protégés contre toute tentative visant à en réduire indûment la portée ou à échapper complètement aux obligations qui en découlent [nous soulignons]⁶².

Il ressort donc de la jurisprudence que la *Charte* s'applique à une entité pour l'une ou l'autre des raisons suivantes :

1. L'entité fait partie du « gouvernement » au sens de l'article 32, soit de par sa nature même, soit en raison du degré de contrôle exercé par le gouvernement. En pareil cas, toutes les activités de l'entité sont assujetties à la *Charte*.
2. Une activité particulière d'une entité peut être sujette à la *Charte* si cette activité peut être attribuée au gouvernement. Il convient alors d'examiner non pas la nature de l'entité dont l'activité est contestée, mais plutôt la nature de l'activité elle-même.⁶³

Ce sont ces critères que nous devons employer pour déterminer si la *Charte* s'applique aux associations professionnelles. À cet égard, nous constatons que dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*⁶⁴, la Cour suprême du Canada, en s'appuyant sur le paragraphe 15(1) de la *Charte*, a annulé une condition d'admission au barreau prise par la Law Society of British Columbia. Il n'a aucunement été question dans cet arrêt de l'article 32 de la *Charte*. La Cour semble avoir conclu, *de facto*, que le Barreau est une entité du gouvernement au sens du paragraphe 32(1).

⁶² [1997] 3 RCS 844 au para 48, 152 DLR (4^e) 577 [Godbout].

⁶³ *Greater Vancouver Transportation Authority c Fédération canadienne des étudiantes et étudiants – Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 RCS 295 au para 16.

⁶⁴ [1989] 1 RCS 143, 56 DLR (4^e) 1.

Dans la décision *Klein and Dvorak c. Law Society of Upper Canada*⁶⁵, la Cour Divisionnaire de l'Ontario a conclu que la Société du Barreau du Haut-Canada était une entité créée par la loi qui exerce ses attributions dans l'intérêt public. Selon la cour, en adoptant des règles relatives à la publicité des avocats ou aux relations entre ces derniers et les médias, la Société du Barreau exerce une fonction de réglementation pour le compte de la « législature » et du « gouvernement » au sens du paragraphe 32(1) de la *Charte*. Selon la Cour, même si les règles et les observations contenues dans le code de déontologie n'ont pas été adoptées par règlement, cela ne les empêche pas pour autant d'être assujetties aux dispositions de la *Charte*. De fait, la Société du Barreau veille, par le biais de sa procédure disciplinaire, au respect des dispositions qui interdisent aux avocats de faire de la publicité relativement à leurs honoraires et de faire des déclarations aux médias, ce qui a pour effet d'intégrer ces dispositions au droit de l'Ontario et de les assujettir ainsi à la *Charte*.

La même logique s'applique dans le cas des autres associations professionnelles. Dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont conférés par leurs lois constitutives, ces entités exercent une fonction de réglementation pour le compte de la « législature » et du « gouvernement » au sens du paragraphe 32(1) de la *Charte*. Au moyen de leur procédure disciplinaire, elles veillent au respect des dispositions prévues dans leurs lois constitutives, qui leur donnent un pouvoir de coercition propre à l'action gouvernementale. Les activités des associations professionnelles ne peuvent être assimilées à celles d'une entité privée, comme une association sportive provinciale. Ainsi, dans l'arrêt *Blainey c. Ontario Hockey Association et al*⁶⁶, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le seul fait que l'association en cause recevait des subventions en vertu d'une loi provinciale n'était pas suffisant pour faire de ses activités des actes du gouvernement aux fins de la *Charte*. Selon la Cour d'appel, il n'y a, dans la relation entre l'association sportive et la province, aucune délégation de pouvoir de l'Assemblée législative ni aucune attribution de pouvoirs par le gouvernement. Dans un tel cas, l'association n'exerce donc aucune fonction gouvernementale. Or, cela n'est pas le cas pour les associations professionnelles à qui le gouvernement et l'Assemblée législative ont délégué un certain nombre de pouvoirs, qui, autrement, seraient exercés par le gouvernement ou l'Assemblée législative.

Par conséquent, en vertu de l'analyse qui précède, les associations professionnelles que nous avons décrites dans la première partie sont des entités qui exercent des fonctions gouvernementales au sens du paragraphe 32(1) de la *Charte*. Toute autre conclusion serait illogique, car elle permettrait au

⁶⁵ 50 OR (2^e) 118, 16 DLR (4^e) 489.

⁶⁶ 54 OR (2^e) 513, 26 DLR (4^e) 728 (CA Ont).

gouvernement provincial et à l'Assemblée législative de se décharger, par exemple, de leurs obligations linguistiques en octroyant à ces associations certains pouvoirs qui normalement devraient être exercés par l'État.

Bien que cela puisse paraître étrange en raison de l'analyse effectuée en vertu du paragraphe 32(1), en ce qui concerne les droits linguistiques prévus dans la *Charte*, on doit s'adonner de nouveau à une analyse pour savoir si l'organisme en question est une institution au sens des articles 16 et 20. Par conséquent, en matière de droits linguistiques, deux analyses doivent être effectuées pour qualifier un organisme d'institution et ainsi l'assujettir aux obligations linguistiques contenues dans la *Charte*.

Ainsi, dans l'arrêt *Charlebois c. Mowatt*⁶⁷, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, en plus de son analyse portant sur le paragraphe 32(1), s'est penchée sur le sens qu'il faut donner à l'expression « institutions de la législature ou du gouvernement » employée aux paragraphes 16(2) et 20(2) de la *Charte*. Dans *Charlebois*, les municipalités de la province ont été identifiées comme étant des « institutions » au sens de ces dispositions. La Cour d'appel a fait remarquer que les municipalités sont créées par une loi de la province et qu'elles exercent les pouvoirs qui leur sont conférés par cette loi. La Cour a fait, par la suite, référence à l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*⁶⁸, où la question en litige portait sur une résolution adoptée par la ville de Longueuil. La ville de Longueuil s'était opposée à ce que cette résolution soit soumise à un examen fondé sur la *Charte* au motif que la *Charte* ne s'appliquait pas à elle. Le juge La Forest a conclu que la *Charte* s'appliquait aux activités de cette municipalité. Après avoir passé en revue la jurisprudence antérieure pertinente au champ d'application de la *Charte* de la Cour suprême du Canada, le juge La Forest a réaffirmé plusieurs principes importants relatifs à l'applicabilité de la *Charte* à des entités autres que les législatures ou les gouvernements. En particulier, comme nous l'avons déjà indiqué, il a souligné parmi les considérations déterminantes de ces entités leur « nature gouvernementale », soit en raison du degré de contrôle gouvernemental dont elles font l'objet, soit en raison des fonctions qu'elles exécutent ou des actes qu'elles accomplissent. Or, pour satisfaire aux critères identifiés par le juge La Forest, il faut que ces actes puissent être qualifiés de « gouvernementaux » et non simplement de « publics ». En ce qui concerne les municipalités, le juge La Forest s'est fondé principalement sur quatre facteurs pour conclure que les municipalités ne peuvent pas se soustraire à l'application de la *Charte*. Le troisième facteur est particulièrement pertinent pour nos fins :

⁶⁷ 2001 NBCA 117, 242 RNB (2^e) 259 [*Charlebois*].

⁶⁸ *Supra* note 60.

Un troisième et important facteur est que les municipalités ont le pouvoir d'établir des règles de droit, de les appliquer et de les faire respecter dans les limites d'un territoire déterminé.⁶⁹

Finalement, il a précisé que les municipalités sont des créatures des provinces dont elles tirent leur pouvoir de légiférer, c'est-à-dire qu'elles exercent des pouvoirs et des fonctions confiés par les législatures provinciales dont ces dernières devraient autrement se charger. Comme la *Charte* s'applique incontestablement aux législatures et aux gouvernements provinciaux, elle ne peut que s'appliquer aux entités que ces provinces investissent de pouvoirs gouvernementaux relevant de leur compétence, sinon les provinces pourraient tout simplement éviter l'application de la *Charte* en attribuant certains pouvoirs aux municipalités.

La décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*⁷⁰, reprend les conclusions du juge La Forest dans l'arrêt *Godbout*. La Cour y affirme à nouveau que les municipalités constituent des gouvernements délégués, ne jouissant pas d'un statut constitutionnel indépendant, qui se substitue à la législature ou au pouvoir exécutif des provinces dont elles sont l'émanation.

Dans l'arrêt *Charlebois*, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a conclu que les municipalités du Nouveau-Brunswick sont assujetties à la *Charte* et qu'en conséquence, les actes de la ville de Moncton peuvent faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Bref, les municipalités au Nouveau-Brunswick sont des créatures de la province, elles exercent des pouvoirs gouvernementaux qui leur sont conférés par la législature ou le gouvernement, et elles tirent tous leurs pouvoirs de la loi. Elles doivent aussi agir dans les limites de leur loi constitutive et leurs fonctions sont clairement gouvernementales. La Cour en tire donc la conclusion qu'elles sont des « institutions » au sens des paragraphes 16(2) et 20(2) de la *Charte*. En dernier lieu, la Cour a tenu à souligner la justesse du raisonnement évoqué dans l'arrêt *Godbout* voulant que les gouvernements pourraient facilement se soustraire aux obligations linguistiques que la *Charte* leur impose si elle ne pouvait s'appliquer à d'autres entités gouvernementales.

⁶⁹ *Ibid* au para 51.

⁷⁰ [2000] 1 RCS 342 au para 31, 183 DLR (4^e) 1; Voir également *Ramsden c Peterborough (Ville)*, [1993] 2 RCS 1084, 106 DLR (4^e) 233; *Blencoe c Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 RCS 307 aux para 32-36; *Public School Boards' Assn. of Alberta c Alberta (Procureur général)*, 2000 CSC 45, [2000] 2 RCS 409 au para 33; *Freitag c Town of Penetanguishene* (1999), 47 OR (3^e) 301, 179 DLR (4^e) 150 (CA); et en particulier le passage du juge Linden à la p 663 dans *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 41 OR (2^e) 652, 147 DLR (3^e) 193 (CS), cité avec approbation dans l'arrêt *Godbout*, *supra* note 60 au para 52.

Le même argument peut-il être employé pour conclure que les associations professionnelles sont des « institutions du gouvernement et de l'Assemblée législative » au sens des paragraphes 16(2) et 20(20) de la *Charte* ? Nous avons vu que ces associations sont créées par des lois adoptées par l'Assemblée législative et qu'elles exercent des pouvoirs qui leur sont conférés par ces lois. Toutefois, il est également légitime de se demander si ces associations sont des entités de nature gouvernementale en raison du degré de contrôle gouvernemental dont elles font l'objet, soit en raison des fonctions qu'elles exécutent ou des actes qu'elles accomplissent. Rappelons que la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Godbout* a conclu que ces actes doivent pouvoir être qualifiés de « gouvernementaux » et non pas simplement de « publics ». Nous pouvons constater que dans certains cas les associations professionnelles ont le pouvoir d'établir des règles de droit, de les appliquer et de les faire respecter. Ainsi, dans l'exercice de ces actions, elles sont des institutions au sens des dispositions pertinentes de la *Charte* puisque leurs actions peuvent être qualifiées de « gouvernementales ».

Il est aussi vrai que ces associations ont été créées par des lois d'intérêt privé et que ces lois se rapportent généralement à des questions locales ou d'intérêt privé ou sont en faveur ou dans l'intérêt particulier d'une personne, d'un groupe de personne ou d'une municipalité. Or, ces lois, dans le contexte néo-brunswickois, réglementent également les rapports entre les associations professionnelles et la société en générale, imposant ainsi à ces associations l'obligation de protéger l'intérêt public. Il faut donc distinguer les actions de ces associations : soit elles sont de nature privée, soit elles sont de nature publique. Pour ce faire, il importe, à notre avis, de se poser chaque fois les questions suivantes :

- L'action met-elle en cause l'intérêt général ?
- L'action modifie-t-elle une loi d'intérêt public ou fait-elle échec à l'application de certaines règles générales de droit ?
- L'action affecte-t-elle une multiplicité d'intérêt ?

Nous constaterons qu'en appliquant ces critères, seuls quelques actions de régie interne des associations professionnelles pourraient être considérées de nature privée et ainsi être à l'abri des obligations linguistiques énoncées dans la *Charte*. En effet, le législateur, en permettant l'établissement de ces associations professionnelles, leur donne un monopole en ce qui concerne l'administration des services professionnels, l'admission à une profession et les services qui peuvent être dispensés à la population. Or, l'octroi de ce monopole et de cette autonomie ne peut se justifier que pour des raisons d'intérêt public. Elles ne sont pas accordées afin de renforcer ou consolider le statut des professions, mais plutôt pour assurer la protection de l'intérêt public. Le simple fait que des individus

exercent une profession ne leur donne pas le droit de réclamer ce monopole. Seule la protection de l'intérêt public doit en justifier l'octroi.

En raison des pouvoirs qui lui ont été conférés par le législateur provincial, l'association professionnelle a le droit de réglementer les affaires internes, les modalités d'élections de ses dirigeants, les pouvoirs de ceux-ci et toutes autres questions administratives de régie interne. Ces pouvoirs peuvent être considérés de nature privée et peuvent, à la limite, être considérés comme n'étant pas couverts par les dispositions de la *Charte*. Or, en plus de ce pouvoir de réglementation de la régie interne, le législateur a aussi délégué expressément ou implicitement aux associations professionnelles le pouvoir de réglementer plusieurs aspects d'une profession. En tant qu'organismes exerçant d'importants pouvoirs de réglementation, de contrôle, d'administration et de discipline, les associations professionnelles peuvent être considérées comme des pouvoirs publics et comme formant une partie essentielle des structures de l'État. Ils font partie des mécanismes administratifs de l'État et représentent beaucoup plus qu'une simple association d'individus exerçant une même profession.

Par conséquent, en raison des règles d'interprétation larges et libérales qu'il faut appliquer en matière linguistique⁷¹, la nature et le rôle des associations professionnelles font en sorte qu'elles sont étroitement liées au pouvoir public. Elles font partie de la structure étatique et sont des institutions du gouvernement et de l'Assemblée législative au sens de la *Charte*. Les associations professionnelles sont donc soumises aux obligations des articles 16 à 20 de la *Charte*. En conséquence, nous pouvons affirmer que les langues française et anglaise sont les langues officielles des associations professionnelles et que ces langues ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage au sein de ces organismes (par. 16(2)). Les lois constitutives et les règlements administratifs de ces associations professionnelles doivent être adoptés dans les deux langues officielles (par. 18(2)). Les comités disciplinaires des associations professionnelles doivent respecter le droit de chacun d'employer la langue officielle de son choix dans les procédures disciplinaires (par. 19(2)). Elles sont également tenues de communiquer et d'offrir des services au public et à leurs membres dans la langue officielle de leur choix (par. 20(2)).

B – La Loi sur les langues officielles

La première loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick⁷² ne contenait aucune disposition à l'égard des associations professionnelles. La *LLO* de 2002 ne

⁷¹ Voir, entre autres, *R c Beaulac*, [1999] 1 RCS 768, 173 DLR (4^e) 193.

⁷² *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, LRN-B 1973, c O-1.

faisait également pas mention des associations professionnelles, si ce n'est de leurs activités de nature judiciaire. En effet, la loi définit l'expression « tribunal » comme désignant les cours judiciaires et les tribunaux administratifs dans la province. Force nous est d'admettre que les comités disciplinaires des associations sont des « tribunaux » au sens de cette loi. Étant donné la nature de leurs actions et l'effet coercitif de leurs décisions, ils sont tenus d'appliquer, dans leur procédure, les principes d'équité procédurale et de justice naturelle. À ce titre, ce sont des « tribunaux administratifs » et donc des « tribunaux » au sens de la *LLO*. Ils sont donc tenus, à cet égard, de respecter les dispositions qui sont prévues aux articles 16 à 24 de la *LLO*.

Ainsi, le français et l'anglais sont les langues officielles de ces « tribunaux » disciplinaires et chacun a le droit d'employer la langue officielle de son choix dans toutes les affaires dont ils sont saisis, y compris, pour les plaidoiries et dans les actes de procédure qui en découlent⁷³. Il incombe également à ces tribunaux de comprendre, sans l'aide d'un interprète ou de technique quelconque de traduction simultanée ou d'interprétation consécutive, la langue officielle choisie par une partie⁷⁴. Les témoins qui comparaissent devant ces tribunaux ont également le droit d'être entendu dans la langue officielle de leur choix et, sur demande d'une partie ou du témoin, les tribunaux doivent voir à ce que les services de traduction simultanée ou d'interprétation consécutive soient offerts⁷⁵. Il convient de noter que l'article 21 donne uniquement le droit de demander les services de la traduction ou de l'interprétation aux parties et au témoin et non aux avocats ou aux membres du tribunal. L'article 24 prévoit, pour sa part, que les décisions ou les ordonnances définitives des tribunaux, exposés des motifs et sommaires compris, sont publiés dans les deux langues officielles si le point de droit en litige présente de l'intérêt ou de l'importance pour le public ou lorsque les procédures se sont déroulées, en tout ou en partie, dans les deux langues officielles. Toutefois, force nous est de constater que cette obligation ne semble pas respectée dans le cas des tribunaux disciplinaire. Nous n'avons aucune connaissance de décisions de tribunaux administratifs du Nouveau-Brunswick qui ont été traduites pour les raisons susmentionnées.

Lors de la modification de la *LLO* en 2013, le législateur a adopté l'article 41.1 qui traite des associations professionnelles. Le paragraphe 41.1(1) définit comme suit les associations professionnelles : « s'entend d'une organisation de personnes qui, par loi provinciale, est habilitée à admettre, à suspendre ou à expulser des personnes relativement à l'exercice d'une profession ou à leur imposer des

⁷³ *LLO*, *supra* note 70, art 16 et 17.

⁷⁴ *Ibid*, art 19.

⁷⁵ *Ibid*, art 21.

exigences à l'égard de cet exercice ». Le paragraphe 41.1(2) prévoyait que les associations professionnelles fournissent à « leurs membres » dans les deux langues officielles les services réglementaires. Nous y constatons, tout d'abord, deux lacunes : premièrement, il prétend ne s'appliquer qu'aux « membres » des associations professionnelles et non au « public » et, deuxièmement, il fait référence à des « services réglementaires » qui n'ont jamais été définis.

En ce qui concerne la première lacune, nous ne reprendrons pas ici l'argumentaire que nous avons déjà développé dans les sections précédentes de ce texte. Qu'il suffise de dire que toute tentative de limiter la portée des obligations linguistiques qu'ont les associations professionnelles pour qu'elles ne visent que leurs membres est à la fois futile et contraire à leurs obligations linguistiques constitutionnelles. La province ne peut légitimement justifier une telle limite au droit du public de recevoir les services de ces associations dans la langue officielle de leur choix. En agissant ainsi, la province contrevient à son obligation de favoriser l'épanouissement et le développement de la communauté de langue minoritaire, un principe qui est à la base des droits linguistiques qu'elle a reconnus à cette communauté. Il était donc impératif de modifier la *LLO* afin que le paragraphe 41.1(2) fasse également référence au « public » et non seulement aux membres.

L'article 41.1 de la *LLO* de 2013 devait entrer en vigueur en juin 2015 à la suite de l'adoption de règlements qui verraient à son application. Cependant, ces règlements n'ont jamais été élaborés et, à la veille de l'échéance de juin 2015, il était clair qu'ils ne le seraient jamais. La province était également, à ce moment, impliqué dans une poursuite intentée par une citoyenne qui invoquait la violation de ses droits linguistiques puisqu'une association professionnelle de la province n'avait pas été en mesure de lui offrir un accès de qualité égale en français aux examens d'admissions à la profession. Après de longues négociations avec les représentants de cette association et avec ceux du gouvernement, il a été convenu, entre autres, que l'article 41.1 de la *LLO* de 2013 soit modifié et remplacé par une nouvelle disposition⁷⁶.

Le 5 juin 2015, le projet de loi 49, *Loi modifiant la Loi relative aux langues officielles*, issu de ces négociations, recevait la sanction royale. Cette nouvelle version de l'article 41.1 maintient au paragraphe 41.1(1) la définition d'association professionnelle qui était présente dans la version de 2013. Le paragraphe 41.1(2) est, cependant, modifié afin de prévoir que lorsqu'une association professionnelle exerce ses pouvoirs d'admettre, de suspendre ou d'expulser une personne, elle se doit de dispenser les services et les

⁷⁶ L'auteur connaît bien ces faits puisqu'il était l'avocat de la demanderesse dans cette affaire.

communications liés à cet exercice dans les deux langues officielles et, s'agissant de son pouvoir d'imposer des exigences, elle doit s'assurer que quiconque peut satisfaire à ces exigences dans la langue officielle de son choix. De plus, le paragraphe 4.1(3) prévoit que nul ne peut être défavorisé du fait qu'il a exercé son droit de choisir la langue officielle dans laquelle il satisfait aux exigences qu'impose l'association professionnelle.

Ces nouvelles dispositions sont importantes, car elles répondent aux critiques qui ont souvent été formulées contre les associations professionnelles par les francophones en ce qui concerne la qualité des examens d'admission et des cours de formation continue offerts aux membres. Plusieurs postulants francophones devant la qualité médiocre de certaines traductions, optaient de faire leurs examens d'admission en anglais. Ils étaient donc placés dans une situation désavantageuse par rapport à leurs collègues anglophones. De plus, dans de nombreux cas, les documents permettant aux postulants de se préparer pour les examens d'admission n'étaient disponibles qu'en anglais. De telles situations seront, dorénavant, contraires aux obligations imposées aux associations par la *LLO* et pourront faire l'objet d'une plainte à la Commissaire aux langues officielles ou d'une poursuite pour manquement aux obligations de la *LLO*⁷⁷.

Le paragraphe 41.1(4) rectifie, pour sa part, une omission importante du législateur dans la version de 2013. En effet, il prévoit que les associations professionnelles doivent non seulement offrir leurs services et leurs communications dans les deux langues officielles à leurs membres, mais aussi au public qui interagit avec elles. Les associations devront donc s'assurer d'offrir en tout temps, aux deux communautés de langues officielles, un accès égal à des services de qualité égale dans les deux langues officielles.

Ces nouvelles dispositions de la *LLO* entreront en vigueur le 1^{er} juillet 2016. Les associations professionnelles ont donc un an pour prendre les mesures nécessaires qui s'imposent afin de respecter les nouvelles obligations qui leur incombent en vertu de ces dispositions de la *LLO*.

⁷⁷ Voir *Town of Caraquet et al c Ministre de la santé et du Mieux-être*, 2005 NBCA 34, 282 RNB (2^e) 112 au para 17 où la Cour confirme que le paragraphe 43(20) de la *LLO* permet d'intenter une poursuite judiciaire sans avoir d'abord porté plainte au Commissaire aux langues officielles du Nouveau-Brunswick.

CONCLUSION

Le droit, s'il est de prime à bord théorique et conceptuel, doit se refléter sur le terrain pour prendre tout son sens. Les droits linguistiques ne font pas exception à cette règle et leur application sur le terrain est des plus importantes pour la minorité linguistique du Nouveau-Brunswick. La modification de la *LLO* de 2015 constitue un pas dans la bonne direction à l'égard de l'égalité entre les deux communautés de langues officielles; égalité qui, force nous est de constater, est encore trop souvent conceptuelle puisque la minorité linguistique doit encore poursuivre l'État en justice pour qu'il l'a mette en œuvre dans différents secteurs de la vie publique.

Il ne fait aucun doute que les associations professionnelles jouent un rôle important dans la société néo-brunswickoise. Elles se sont vues conféré par le gouvernement provincial un monopole sur l'exercice d'une profession. Ce monopole ne leur a pas été accordé pour qu'elle puisse favoriser les membres, mais il a plutôt été accordé dans l'intérêt public. Les associations professionnelles doivent donc exercer leurs pouvoirs conformément à l'intérêt public. Elles sont donc tenues de prendre en considération les obligations linguistiques prévues dans la *Charte* et dans la *LLO*.

L'OFFRE ACTIVE ET LES AGENTS DE LA PAIX AU NOUVEAU-BRUNSWICK

Michel Doucet* et Philippe Morin**

INTRODUCTION

La *Loi sur les langues officielles*¹ (LLO) du Nouveau-Brunswick prévoit que les agents de la paix² doivent, lorsqu'ils communiquent avec un individu, l'informer de son droit de communiquer dans l'une des deux langues officielles de la province. Bien que les agents de la paix de la province soient informés de cette obligation, bon nombre d'entre eux y ont failli au fil des ans.

Dans cet article, nous nous proposons d'examiner l'étendue de l'obligation d'offre active qu'ont les agents de la paix du Nouveau-Brunswick. Quand doivent-ils offrir le choix de la langue à l'individu, comment doivent-ils en informer l'individu, pourquoi doivent-ils faire une offre active de service et quelles sont les conséquences qui peuvent découler d'un manquement à cette obligation.

I – LE PARAGRAPHE 20(2) DE LA CHARTE ET L'OBLIGATION D'OFFRE ACTIVE

La *Charte canadienne des droits et libertés*³ contient, au paragraphe 20(2), une disposition relative à la prestation des services publics. Rappelons que le

* Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Moncton et directeur de l'Observatoire international des droits linguistiques.

** Agent de projet à l'Observatoire international des droits linguistiques.

¹ LN-B 2002, c O-0.5 [LLO].

² Selon l'article 1 de la LLO, *ibid*, « agent de la paix » s'entend d'un agent de la paix, au sens de l'article 1 de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, qui dessert le public que ce soit pour le compte de la Province, d'une municipalité ou en vertu d'un contrat pour la prestation de services de police conclu avec la Province ou une de ses institutions et comprend un agent de police au sens de cette même loi.

³ 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].

Nouveau-Brunswick est la seule province qui a souscrit aux articles 16 à 20 de la *Charte*, lesquels énumèrent les droits et obligations des gouvernements en matière linguistique. Le paragraphe 20(2) de la *Charte* prévoit que :

Le public a, au Nouveau-Brunswick, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec tout bureau des institutions de la législature ou du gouvernement ou pour en recevoir les services.	Any member of the public in New Brunswick has the right to communicate with, and to receive available services from, any office of an institution of the legislature or government of New Brunswick in English or French.
--	--

Cette disposition enchâsse dans la Constitution du Canada le droit à la prestation des services publics dans les deux langues officielles. Bien que l'on se soit éloigné du libellé de l'article 10 de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick* de 1969 où le service n'était offert dans sa langue que « lorsque quelqu'un [en faisait] la demande », le concept d'offre active n'y figure tout de même pas de manière expresse.

Les tribunaux du Nouveau-Brunswick se sont posés très tôt la question à savoir si l'offre active faisait implicitement partie du paragraphe 20(2) de la *Charte*. Les conséquences d'une réponse positive étaient doubles : l'obligation d'offre active serait alors constitutionnellement protégée et, en cas de violation, la cour pourrait s'adonner à une analyse en vertu de l'article 24 de la *Charte* pour accorder une réparation dans le cas d'une violation.

La question a été abordée pour la première fois par la Cour du Banc de la Reine dans l'affaire *Gautreau c. Nouveau-Brunswick*⁴. Dans cette affaire, le juge en chef Richard (tel était alors son titre) s'est penché sur les conséquences que pouvait avoir le fait qu'un agent de la Patrouille routière du Nouveau-Brunswick n'ait pas livré l'avis de contravention dans la langue officielle de M. Gautreau. En ce qui concerne le paragraphe 20(2) de la *Charte*, il a adopté une interprétation large et généreuse. Il a conclu que les services de police étaient des services d'institutions gouvernementales au sens de l'article 20 de la *Charte*. Il a aussi affirmé que si l'anglais et le français jouissent d'une égalité de statut, les services dans la langue

⁴ (1989), 101 RN-B (2^e) 1, [1989] AN-B n° 1005 (QL) [*Gautreau*], renversée par la Cour d'appel sur une autre question (1990), 109 RN-B (2^e) 54, [1990] AN-B n° 860 (QL) et autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada refusée, [1991] 3 RCS viii, [1990] CSCR n° 444 (QL).

de la minorité doivent nécessairement faire l'objet d'une offre active. Le raisonnement contraire étant, selon lui, un raisonnement régressif :

Si les langues ont un statut égal il faut par conséquent conclure de la nécessité d'une offre active. C'est une question de dignité, de fierté et de respect mutuel des individus de la société. Il ne peut être accepté d'encourager et de justifier des normes différentes d'une langue à l'autre⁵.

Quelques années après l'affaire *Gautreau*, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick s'est prononcée sur la question dans l'arrêt *Haché*⁶. Dans cet arrêt, le juge d'appel Rice en est arrivé à la conclusion que les agents de la paix appartenant à un service municipal n'étaient pas assujettis au paragraphe 20(2) de la *Charte* puisque ce service ne provenait pas d'une « institution » au sens de cette disposition. Toutefois, les juges Ayles et Angers étaient d'opinion contraire. Ils ont conclu que les services policiers constituent des services d'une institution du gouvernement et qu'en vertu du paragraphe 20(2) de la *Charte*, le public a le droit d'être servi dans la langue officielle de son choix lorsqu'il communique avec ces prestataires de services. En ce qui concerne l'obligation d'offre active, les juges Ayles et Rice ont convenu que le paragraphe 20(2) ne créait pas une obligation d'informer les membres du public de leur droit de se faire servir dans la langue officielle de leur choix. La position adoptée par la majorité de la Cour était conforme à l'idée que si la personne concernée comprend ce qui lui est dit, il n'y a pas lieu de lui offrir un choix. Le juge Angers a estimé, pour sa part, que la police était tenue d'« offrir activement » ses services dans les deux langues officielles, refusant ainsi de limiter l'application des droits linguistiques garantis par la *Charte* aux seules personnes unilingues.

Cette question a refait surface à la Cour d'appel plus d'une douzaine d'années plus tard dans les arrêts *R. c. Maillet*⁷ et *R. c. McGraw*⁸. L'arrêt *Maillet* de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick portait sur une demande d'autorisation d'appel. Mme Maillet, qui se représentait seule, soutenait que le juge de la Cour du Banc de la Reine siégeant en appel, à l'instar du juge du procès, avait fait une erreur en ne statuant pas que les droits linguistiques que lui confèrent l'article 16.1 et le paragraphe 20(2) de la *Charte* avaient été violés. Cette violation aurait eu lieu

⁵ *Ibid* à la p 28.

⁶ (1993), 139 RN-B (2^e) 81, [1993] AN-B n° 474 (QL).

⁷ 2006 NBCA 22, 297 RN-B (2^e) 289 [*Maillet*].

⁸ 2007 NBCA 11, 312 RN-B (2^e) 142, autorisation d'en appeler à la Cour suprême rejetée, [2007] SCCA n° 201 (QL) [*McGraw*].

lorsque le policier qui l'a interpellée dans une des rues de la capitale provinciale a fait défaut, dès le premier contact, de lui offrir le choix d'être servie dans l'une ou l'autre des langues officielles de la province.

En rejetant la demande d'autorisation d'appel, le juge en chef Drapeau a souligné que Mme Maillet s'était exprimée en anglais à l'agent de police, qu'elle n'avait jamais demandé d'être servie en français et que, de fait, tout portait à croire qu'elle voulait être servie en anglais. Qui plus est, on ne l'a jamais empêchée d'employer la langue française ou nié l'accès à des services en français. Selon lui, toutes les procédures judiciaires se sont déroulées dans la langue choisie par Mme Maillet, soit le français; il n'y avait aucune preuve de violation systématique de droits linguistiques par la force policière de Fredericton et Mme Maillet n'avait pas soutenu devant le juge de la Cour du Banc de la Reine qu'on avait violé ses droits aux termes du paragraphe 20(2) de la *Charte*. En fait, cette question était soulevée pour la première fois devant la Cour d'appel⁹. Le juge en chef Drapeau était d'avis qu'il était risqué de répondre à une question semblable dans un tel contexte : « par ailleurs, nous ne sommes pas sans savoir que toute tentative de réponse à cette épineuse question comporterait un risque d'erreur important étant donné que la requérante n'est pas représentée par un avocat et que la portée du paragraphe 20(2) n'a pas été débattue dans l'une ou l'autre des instances inférieures »¹⁰.

L'opportunité de débattre de cette « épineuse question » surviendra, du moins en partie, un an plus tard. Dans ses motifs de l'arrêt *McGraw*, le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires a accepté la proposition voulant que l'omission de l'agent d'informer M. McGraw de son droit de se faire servir dans la langue officielle de son choix ne constituait pas une violation du paragraphe 20(2) de la *Charte*, souscrivant ainsi à la thèse des juges Rice et Ayles dans l'arrêt *Haché*¹¹. Saisie de l'affaire, la Cour d'appel, sous la plume du juge en chef Drapeau, était plutôt d'avis que l'arrêt *Haché* ne réglait pas la question :

En effet, il est exact que, dans *Haché*, les juges Rice et Ayles ont convenu que le par. 20(2) de la *Charte* ne créait pas implicitement

⁹ Maillet, *supra* note 7 au para 6.

¹⁰ Ibid au para 7.

¹¹ 2006 NBBR 216, 304 RN-B (2^e) 371. Dans l'affaire *R c Robichaud*, 2009 NBCP 26, 350 RN-B (2^e) 113, la Cour provinciale avait également conclu que le paragraphe 20(2) de la *Charte* n'imposait pas à l'agent de la paix l'obligation d'informer le citoyen qu'il avait le droit de se faire servir dans la langue officielle de son choix [*Robichaud*]. Cette décision était aussi fondée sur la logique de l'arrêt *Haché*.

une obligation d'informer les membres du public de leur droit de se faire servir dans la langue officielle de leur choix, mais la déclaration du juge Rice sur ce point était une remarque incidente. Une lecture attentive des motifs du juge Rice révèle que cet élément de son analyse interprétative ne constituait pas un maillon essentiel du raisonnement qui l'a amené à rejeter l'application du par. 20(2) et que, par conséquent, il ne fait pas partie de sa *ratio decidendi*. De fait, le rejet de l'application du par. 20(2) par le juge Rice était d'abord et avant tout fondé sur la conclusion que les corps de police municipaux ne sont pas des « institutions de la législature ou du gouvernement », un point de vue non partagé par ses collègues et contraire à la dernière décision que notre Cour a rendue à l'unanimité dans l'affaire *Charlebois c. Moncton (City)*. [...] Enfin, une lecture attentive de l'arrêt *R. c. Maillet (L.)*, indique bien que notre Cour considère que la question n'est pas définitivement tranchée¹².

La question a refait surface à la Cour du Banc de la Reine dans l'affaire *R. c. Gaudet*¹³. M. Gaudet était accusé d'avoir conduit un véhicule à moteur alors que son taux d'alcoolémie dépassait la limite permise par le *Code criminel*. Au procès, l'avocat de M. Gaudet a indiqué que son client reconnaissait et acceptait les éléments essentiels de l'infraction et qu'il désirait seulement faire valoir un argument relié à ses droits linguistiques. Selon les faits, le policier qui a interpellé M. Gaudet avait communiqué avec lui dans la langue française. Cependant, ce n'est que plus tard, au moment de la préparation des documents (certificat d'analyse, avis, etc.), que le policier a offert le choix de la langue à M. Gaudet. L'accusé a alors demandé que les documents soient préparés en anglais. La juge de la Cour provinciale qui a entendu l'affaire a conclu, entre autres, que l'absence d'une offre active était une violation du paragraphe 20(2) de la *Charte*¹⁴. L'une des questions portée en appel devant la Cour du Banc de la Reine lui demandait de trancher la question à savoir si le paragraphe 20(2) de la *Charte* crée implicitement une obligation d'informer les membres du public de leur droit de se faire servir dans la langue officielle de leur choix?

La juge Lavigne, après avoir analysé la jurisprudence portant sur cette question et en appliquant les principes d'interprétation énoncés par la Cour suprême du

¹² McGraw, *supra* note 8 au para 22.

¹³ 2010 NBBR 27, 355 RN-B (2^e) 277 [*Gaudet*].

¹⁴ 2009 NBCP 8, 344 RN-B (2^e) 126.

Canada en matière linguistique, tire la conclusion qu'elle ne peut s'appuyer sur l'arrêt *Haché* pour statuer qu'au Nouveau-Brunswick, l'absence d'une offre active ne constitue pas une violation du paragraphe 20(2) de la *Charte*. Selon la juge Lavigne, l'offre active fait forcément partie du paragraphe 20(2) de la *Charte* :

Le paragraphe 20(2) ne mentionne pas directement comme le fait le par. 31(1) de la *Loi sur les langues officielles*, le devoir de l'agent de la paix d'informer les membres du public du droit d'être servi dans la langue officielle de leur choix. Cependant, à mon avis, ce droit est implicitement reconnu au par. 20(2) de la *Charte*. En me fondant sur l'approche généreuse et libérale retenue par la Cour suprême du Canada en matière d'interprétation des droits linguistiques dans l'affaire *Beaulac* et en me fondant sur l'objet des dispositions en cause, je conclus que l'obligation de « l'offre active » est implicite au sens du par. 20(2) de la *Charte*. Afin de donner toute sa portée au droit de faire un choix, prévu au par. 20(2) de la *Charte*, il faut imposer une obligation correspondante aux agents de la paix d'informer le public de ce droit. Interpréter le par. 20(2) sans y inclure cette obligation aurait comme résultat évident de faire échec aux objets réparateurs de ce droit linguistique et serait donc incompatible avec une interprétation large et dynamique fondée sur l'objet de ce droit. Le par. 20(2) de la *Charte* comporte nécessairement l'offre active de service. La liberté de choisir, prévue au par. 20(2), est dénuée de sens en l'absence d'un devoir d'informer le citoyen de ce choix. Le paragraphe 20(2) de la *Charte* comporte nécessairement l'offre active de service et dans ce contexte un agent de la paix doit, au Nouveau-Brunswick, informer tout membre du public, avec qui il communique, du droit d'être servi dans la langue officielle de son choix¹⁵.

Selon la juge Lavigne, malgré qu'elle n'y apparaisse pas expressément dans le libellé du paragraphe 20(2) de la *Charte*, ce droit comprend implicitement une obligation correspondante d'offre active. Les principes d'interprétation et l'objet réparateur de ce droit fait en sorte que le choix de la langue doit être offert à l'individu pour que le paragraphe 20(2) de la *Charte* ait tout son sens.

¹⁵ Gaudet, *supra* note 13 aux para 36 et 41.

En 2011, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a eu l'occasion de se prononcer à nouveau sur la question dans *R. c. Losier*¹⁶. M. Losier avait été interpellé lors d'un programme organisé de contrôle routier par la force policière municipale de Fredericton. L'agent, unilingue anglophone, a constaté que M. Losier avait les yeux rouges et vitrés et lui a demandé de voir ses documents. Apprenant que M. Losier avait consommé de l'alcool dans une boîte de nuit et qu'il se rendait chez lui, l'agent lui a demandé de se soumettre à un test effectué par un appareil de détection approuvé. Ayant échoué le test, M. Losier devait se rendre au poste pour se soumettre à un alcootest. L'agent lui a fait la lecture d'une mise en garde d'usage et de son droit d'avoir recours aux services d'un avocat. Au sujet de l'avocat, M. Losier a répondu dans un anglais rudimentaire qu'il voulait parler à un avocat français. Ce n'est qu'à ce moment que l'agent lui a demandé s'il voulait communiquer en français et qu'il l'a informé qu'il pourrait communiquer avec un agent et un avocat francophone au poste de police, ce qu'il a fait 30 minutes après avoir été interpellé au contrôle routier.

L'une des questions à laquelle la Cour provinciale¹⁷ et la Cour du Banc de la Reine¹⁸ devaient répondre était de savoir si « l'obligation d'informer au sujet d'un choix de langue au paragraphe 31(1) de la *Loi sur les langues officielles* [existe] également en vertu du paragraphe 20(2) de la Charte? » Les deux tribunaux ont conclu qu'il y avait eu violation des droits constitutionnels de M. Losier et ont donc prononcé son acquittement.

La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a confirmé les décisions des tribunaux inférieurs voulant que le paragraphe 20(2) de la *Charte* comporte implicitement une obligation d'offre active et a rejeté toute autre interprétation. La Cour a indiqué que :

comme les juges majoritaires l'ont souligné dans l'arrêt *R. c. Beaulac*, [...] il incombe aux tribunaux d'éviter une interprétation restrictive des dispositions législatives et constitutionnelles portant sur les droits linguistiques. Nous tirons aussi de cet arrêt phare d'autres enseignements. En effet, parmi les interprétations qui peuvent raisonnablement être faites d'une telle disposition, il convient de favoriser la plus apte à refléter la mise en œuvre des principes suivants : (1) le droit à l'emploi de l'une ou de l'autre des

¹⁶ 2011 NBCA 102, 380 RN-B (2^e) [*Losier*].

¹⁷ 2010 NBSP 24, 361 RN-B (2^e) 127.

¹⁸ 2011 NBBR 177, 378 RN-B (2^e) 59 [*Losier*, BR].

langues officielles nécessite la reconnaissance du devoir de l'état de prendre des mesures positives pour en promouvoir l'exercice ; et (2) l'objet de l'enchâssement de ce droit dans la Charte était nul autre que de contribuer au « maintien et à la protection des collectivités de langue officielle ». [...] Nous sommes d'avis que l'interprétation faite du par. 20(2) en l'espèce, tant en Cour provinciale que dans la Cour du Banc de la Reine, est fidèle à ces directives. Nous faisons remarquer qu'elle fait écho à l'interprétation qui a été retenue par la Cour du Banc de la Reine dans les affaires *R. c. Gautreau* (le juge en chef Richard) et *R. c. Gaudet* (la juge LaVigne). Quoi qu'il en soit, nous rejetons l'interprétation restrictive du par. 20(2) qui a été privilégiée dans quelques autres affaires, notamment *R. c. Robichaud* [...] [nous soulignons]¹⁹.

Il est donc bien établi au Nouveau-Brunswick que le paragraphe 20(2) de la *Charte* comprend l'obligation d'offrir activement le choix de communiquer et de recevoir des services dans l'une ou l'autre des deux langues officielles. Toutefois, notons que cette interprétation n'a pas, à ce jour, été confirmée par la Cour suprême du Canada. Elle pourrait, un jour, devoir résoudre cette question, car si l'obligation existe en vertu du paragraphe 20(2) de la *Charte*, aucune décision n'est arrivée à une conclusion similaire en ce qui concerne le paragraphe 20(1) de la *Charte*, lequel s'applique aux institutions fédérales.

II – LE PARAGRAPHE 31(1) DE LA LLO

La *LLO* contient deux dispositions portant sur l'offre active : l'article 28.1 qui s'applique à toutes « institutions » provinciales²⁰ et le paragraphe 31(1) qui contient l'obligation d'offre active de service par les agents de la paix. Le paragraphe 31(1) se lit comme suit :

Tout membre du public a le droit, lorsqu'il communique avec un agent de la paix, de se faire servir dans la langue	Members of the public have the right, when communicating with a peace officer, to receive service in the official language
--	--

¹⁹ *Losier, supra* note 16 au para 10.

²⁰ L'article 28.1 prévoit : « Il incombe aux institutions de veiller à ce que les mesures voulues soient prises pour informer le public que leurs services lui sont offerts dans la langue officielle de son choix ». Cet article n'a pas encore fait l'objet d'une décision judiciaire.

officielle de son choix et il doit	of their choice and must be
être informé de ce choix.	informed of that right.

La première chose qui capte notre attention est la formulation de ce paragraphe. À première vue, cette phrase est relativement claire et sans ambiguïté. Il est cependant étonnant de voir qu'à la toute fin, où le concept de l'offre active est sous-entendu, on puisse y lire dans la version française que le membre du public « doit être informé de ce choix » alors qu'on s'attendrait à y lire que le membre du public « doit être informé de ce droit ». Si on reprend le paragraphe 31(1) : « Tout membre du public a le droit [...] de se faire servir dans la langue officielle de son choix et il doit être informé de ce [droit] [nous soulignons] ». Le choix dont il est question dans le paragraphe 31(1) est celui du membre du public : l'individu a le droit, en tant que membre du public, de se faire servir par l'agent de la paix dans la langue officielle de son choix. Puisque le choix lui revient, comment peut-il être informé de son choix? La logique interne de ce paragraphe est défectueuse. L'agent de la paix a, plutôt, l'obligation (représentée par l'emploi du verbe « doit ») d'informer l'individu du droit, qui lui revient en tant que membre du public, de se faire servir dans la langue officielle de son choix. Le libellé de la version anglaise de la *LLO* ne contient, cependant, pas cette même maladresse.

En matière d'interprétation de lois bilingues, « [l]a règle générale à cet égard veut que la version la plus claire donne un sens qui est commun à la version claire et à celle qui est ambiguë et qui doit par conséquent être considérée comme la véritable signification de la disposition »²¹. La version la plus claire entre les deux est sans contredit la version anglaise. Par conséquent, en vertu du paragraphe 31(1) de la *LLO*, tout membre du public a le droit de se faire servir dans la langue officielle de son choix et l'agent de la paix doit l'informer de ce droit.

A – Quand l'offre active doit-elle être effectuée?

Quand l'offre active doit-elle être effectuée par l'agent de la paix est une question sur laquelle les tribunaux de la province ont dû se pencher. Dans l'affaire *R. c. Leblanc*, madame Leblanc a été interpellée par un policier pour excès de vitesse dans la région de Blackville au Nouveau-Brunswick²². Au premier contact, le policier l'a salué en anglais et l'a informée, également en anglais, de la raison pour laquelle il l'avait interpellée. Madame Leblanc lui a parlé en français et le

²¹ Michel Bastarache et al, *Le droit de l'interprétation bilingue*, 1^{re} éd, Montréal, LexisNexis, 2009 à la p 35. Voir également *R c Mac*, 2002 CSC 24, [2002] 1 RCS 856 aux para 5-6.

²² 2007 NBPC 30, 321 RNB (2^e) 234 [*Leblanc*].

policier l'a informée qu'il ne parlait pas français. Elle lui a dit qu'elle voulait parler en français. Il a proposé de faire venir un agent bilingue, lequel aurait pu être sur les lieux dans environ 20 minutes. Elle a indiqué à l'agent que cela était inacceptable et qu'elle avait le droit de se faire servir en français, mais ne voulant pas attendre, elle a procédé en anglais. L'agent lui a toujours parlé en anglais et il a rédigé l'avis de contravention en anglais.

Madame Leblanc prétend « ne pas avoir été informée immédiatement, au premier contact, qu'elle avait le droit d'être servie dans la langue officielle de son choix, ce qui constitue une violation au paragraphe 31(1) de la *Loi sur les langues officielles* du Nouveau-Brunswick »²³. À ce sujet, le juge s'est exprimé ainsi :

Le policier a été poli et l'a saluée avec les mots : « Good evening Madam, ... etc. » Il l'a avisée de la raison de l'arrêt. Dès qu'elle a demandé de parler en français, il l'a immédiatement avisée qu'il ne parlait pas français, mais qu'un membre bilingue était disponible pour la servir dans sa langue. Il ne pouvait pas faire plus et donc, il n'y a pas eu d'erreur ici. À noter, le mot « immédiatement » ne figure pas dans le libellé du paragraphe en question [nous soulignons].²⁴

Cette conclusion du juge est pour le moins illogique²⁵. Comme nous l'avons vu ci-dessus, le paragraphe 31(1) de la LLO prévoit que l'on doit être informé par l'agent de la paix de son droit d'être servi dans la langue officielle de son choix.

²³ *Ibid* au para 16.

²⁴ *Ibid* au para 19.

²⁵ Voir le Rapport annuel du Commissaire aux langues officielles du Nouveau-Brunswick 2007-2008 aux pp 53-54 où le Commissaire s'inquiète du raisonnement du juge :

La cour a tranché en faveur de Mme LeBlanc et a ordonné que le billet soit rejeté. Le gros du raisonnement du juge repose sur la loi et sur la jurisprudence. Cependant, son interprétation du paragraphe 31(1) de la LLO soulève des préoccupations. Le juge a déterminé que l'agent de la GRC, même s'il avait parlé avec Mme LeBlanc en anglais seulement, avait fait une offre active (et s'était ainsi conformé à la LLO) tout simplement en étant courtois et en répondant à sa demande de service en français en offrant de faire venir un agent capable de communiquer avec elle dans cette langue. Le commissaire ne peut pas, avec égard, être d'accord avec l'interprétation que le juge a donnée à la LLO dans cette affaire. Même si, comme la cour l'a souligné, le terme « immédiatement » n'est pas inclus dans le paragraphe 31(1), le commissaire croit qu'il est implicite et est conforme à l'intention du législateur. En conclure autrement implique que l'obligation d'informer les membres du public du droit d'être servis dans la langue officielle de leur choix est en fait optionnel.

Selon le juge, non seulement l'offre active peut-elle survenir à tout moment durant l'arrestation, mais, selon son raisonnement, demander à l'agent de parler en français constitue une demande d'offre active. Or, l'offre active est tout simplement le contraire. Le choix doit être offert par l'institution ou son représentant afin que le membre du public n'ait pas à demander d'être servi dans sa langue. Cette réalité est également reflétée dans l'évolution législative des droits linguistiques au Nouveau-Brunswick : dans la Loi de 1969, les citoyens devaient demander d'être servi dans la langue officielle de leur choix, alors que dans la LLO de 2002, le concept de l'offre active a fait son apparition et le citoyen n'a plus à demander d'être servi dans la langue officielle de son choix, cette possibilité est plutôt offerte, habituellement, au premier contact, par les représentants de l'État²⁶.

Des précisions au sujet du moment opportun pour effectuer une offre active de service ont été apportées dans l'affaire *R. c. Paul Robichaud*²⁷. Un agent de la paix a interpellé M. Robichaud pour excès de vitesse. L'agent de la paix l'a informé des raisons de son arrêt, lui a demandé de lui fournir ses documents et lui a demandé le choix de la langue pour sa contravention, ce à quoi M. Robichaud a répondu : « en français ». Bien que l'interprétation du juge au sujet du paragraphe 20(2) de la *Charte* ait été rejetée par la suite par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick²⁸, sa conclusion au sujet de la violation du paragraphe 31(1) de la LLO est sans équivoque :

Je ne partage pas l'opinion [...] que le manquement d'un agent de la paix d'informer un détenu, dès son premier contact avec lui, de son droit de communiquer avec lui dans la langue officielle de son choix et de s'enquérir de ce choix constitue une violation au paragraphe 20(2) de la *Charte*. Ce manquement constitue sans équivoque une violation au paragraphe 31(1) de la *Loi sur les langues officielles* cependant.²⁹

²⁶ Dans l'avant-propos de son rapport annuel 2014-2015 à la p 9, le Commissariat aux langues officielles du Nouveau-Brunswick s'exprime ainsi au sujet de la dynamique de l'offre active : « Les institutions visées par la [LLO] ont l'obligation d'informer le public que leurs services sont disponibles dans les deux langues officielles. Ce n'est donc pas au citoyen de demander un service dans sa langue; c'est l'institution qui a l'obligation de le lui offrir » : <http://www.languesofficielles.nb.ca/sites/default/files/imce/pdfs/FR/rapport_annuel_2014-2015.pdf>.

²⁷ *Robichaud*, *supra* note 11.

²⁸ *Losier*, *supra* note 16 au para 10.

²⁹ *Robichaud*, *supra* note 11 au para 19.

Dans cette affaire, l'agent de la paix a failli à son obligation d'informer M. Robichaud, dès son premier contact, de son droit de se faire servir dans la langue officielle de son choix. Il lui a cependant demandé dans quelle langue il voulait que la contravention soit rédigée. Selon le juge, il est clair que cette demande ne respecte pas l'obligation qu'a l'agent de la paix en vertu du paragraphe 31(1) de la *LLO*. Cette demande porte plutôt sur le choix de l'individu à l'égard de la langue des procédures :

les petits carreaux [sur la contravention], à mon avis, ont été prescrits en conformité avec l'obligation d'informer l'individu de son droit de choisir la langue dans laquelle les procédures se dérouleront, en conformité avec l'alinéa 10(1)(d) de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*. Le tout serait ainsi conforme avec l'avis à l'endos de l'avis de poursuite avisant de son choix de langue. Donc, l'agent de la paix, par le choix fait par le défendeur, avise le juge devant qui le défendeur doit comparaître de son choix de langue en ce qui concerne les procédures devant le tribunal. Le juge par la suite doit se guider en conséquence de son droit de choisir la langue des procédures devant le tribunal [...].

[...]

Cette interprétation exige donc que l'agent de la paix demande à deux reprises un choix de langue lorsqu'il remet un billet de contravention : la première lorsqu'il communique avec le défendeur en conformité avec l'article 31(1) de la *Loi sur les langues officielles*, la deuxième lorsqu'il a décidé de lui remettre un billet de contravention, en conformité avec l'alinéa 10(1)(b) de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*. À mon avis, cette procédure respecte le droit de tout individu de communiquer avec un agent de la paix dans la langue de son choix ainsi que son droit de choisir la langue des procédures dans le tribunal devant lequel il doit comparaître si un billet lui est remis. Ces deux droits sont distincts. Le législateur a ainsi reconnu le droit de tout citoyen de choisir une langue pour communiquer avec la police et le droit de tout citoyen de choisir sa langue de procès. Le premier choix ne mène pas automatiquement au deuxième.³⁰

³⁰ *Ibid* aux para 46 et 48.

Cette distinction est importante puisque la demande, de la part de l'agent de la paix, au sujet de la langue de la contravention relève complètement d'un autre droit et ne joue, conséquemment, aucun rôle dans l'offre active de service reconnu par la *LLO*. Cette distinction a également été confirmée dans *R. c. Landry*³¹. Dans cette affaire, M. Landry était accusé de conduite en état d'ébriété et d'excès de vitesse. L'agent de la paix ne s'est informé du choix de la langue auprès de M. Landry qu'au moment de préparer les documents. Le juge a donc conclu qu'il y avait violation du paragraphe 31(1) de la *LLO* :

A mon avis, la logique veut que pour rencontrer les exigences du par. 31(1), l'agent de la paix doit, dès le premier contact, aviser la personne avec qui il transige, de son droit de se faire servir dans la langue officielle de son choix et s'enquérir de ce choix. Par conséquent, s'enquérir de la langue de choix de l'accusé seulement au moment la préparation des documents, ne rencontre pas les exigences du par. 31(1) de la *Loi sur les langues officielles* [souligné dans l'original].³²

Comme le juge l'a bien souligné, afin de respecter l'obligation qui incombe aux agents de la paix en vertu du paragraphe 31(1) de la *LLO*, ceux-ci doivent, dès le premier contact, informer l'individu de son droit de se faire servir dans la langue officielle de son choix. Soulever la question du choix de la langue à tout autre moment semble, tout simplement, constituer un manquement à l'obligation imposée en vertu de la *LLO*, tandis que d'informer l'individu de son droit dès le premier contact « respecte mieux la logique de l'obligation d'une offre active »³³.

B – Comment l'offre active doit-elle être exprimée?

La façon dont l'offre active doit être exprimée est une question qui a été abordée dans *R. c. Thériault*³⁴. Alors que M. Thériault se dirigeait vers un contrôle routier, il a fait demi-tour dans une entrée privée. L'agente de la paix l'ayant vu faire, elle a décidé de le suivre. Lorsqu'elle a intercepté la voiture, elle s'est approchée en disant « Hello/Bonjour » et M. Thériault lui a répondu en français. Une des

³¹ 2009 NBPC 9, 346 RNB (2^e) 123 [*Landry*].

³² *Ibid* au para 20.

³³ Jennifer Klinck et al, « Le droit à la prestation des services publics dans les langues officielles » dans Michel Bastarache et Michel Doucet, dir, *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013, 451 à la p 561.

³⁴ 2012 NBBR 184, 392 RNB (2^e) 10 [*Thériault*].

questions qui s'est posée à la Cour provinciale et à la Cour du Banc de la Reine était de savoir si l'expression « Hello/Bonjour » était suffisante pour satisfaire à l'obligation qui incombe aux agents en vertu du paragraphe 31(1) de la *LLO*. Le juge Léger de la Cour du Banc de la Reine s'est exprimé ainsi à ce sujet :

Je m'accorde avec la conclusion du juge du procès lorsqu'elle [a] conclu qu'un agent de la paix qui interpelle un membre du public tel l'intimé et lui dit « Hello-Bonjour », sans plus, ne rencontre pas l'obligation décrite au paragraphe 31(1) de la *Loi sur les langues officielles*. À mon avis, l'obligation d'un agent de la paix d'informer l'intimé de son droit de se faire servir dans la langue officielle de son choix, obligation qui découle non seulement du paragraphe 31(1) de la *Loi sur les langues officielles*, mais également du paragraphe 20(2) de la *Charte* ne peut être rencontré en disant « Hello-Bonjour », sans plus. Je suis d'avis que la juge du procès a eu raison de conclure à une violation des droits linguistiques que conféraient à l'intimé les dispositions des paragraphes 31(1) de la *Loi sur les langues officielles* et 20(2) de la *Charte*.³⁵

Le juge Léger a eu l'occasion, dans une autre affaire, de se prononcer à nouveau sur la façon dont l'agent de la paix doit s'y prendre pour informer le membre du public de son droit en vertu du paragraphe 31(1) de la *LLO*. Dans *McGraw c. R.*³⁶, l'agent de la paix a intercepté M. McGraw pour excès de vitesse. S'approchant de son véhicule, il a dit : « Hello/Bonjour, français/anglais, French/English »³⁷. La discussion s'est ensuite déroulée en français et M. McGraw a éventuellement été accusé pour conduite en état d'ébriété. Le juge du procès a conclu que l'agent de la paix avait, conformément au paragraphe 31(1), fait une offre active. M. McGraw a fait appel de cette décision.

À la Cour du Banc de la Reine, la question est, notamment, de savoir si les « termes « Hello/Bonjour, français/anglais, French/English » [...] constituent [...] une offre active au sens de la *Loi sur les langues officielles* »³⁸. Après avoir passé

³⁵ *Ibid* au para 13. Voir également *R c McKenzie*, 2012 NBCP 15, 394 RNB (2^e) 147 au para 12 où le juge, en s'appuyant sur *Thériault*, *ibid*, s'est exprimé ainsi : « Il est clair qu'un policier qui interpelle un particulier en lui disant seulement « hello-bonjour » ou « allo » ne respecte pas les obligations imposées par le par. 31(1) de la *Loi sur les langues officielles* ou par le par. 20(2) de la *Charte* [...] » [*McKenzie*].

³⁶ 2012 NBBR 358, 399 RNB (2^e) 365 [*McGraw*, 2012].

³⁷ *Ibid* au para 5.

³⁸ *Ibid* au para 19.

en revue la jurisprudence pertinente³⁹, le juge Léger est arrivé à la conclusion suivante :

Avec respect, je suis d'avis que les termes utilisés par l'agent Lajoie ne rencontrent pas la double obligation prévue par les dispositions de l'article 31(1) de la *Loi sur les langues officielles*. Plus précisément, les termes utilisés n'informent aucunement l'appelant comme membre du public qu'il s'agit d'un droit de se faire servir dans la langue de son choix. D'ailleurs, l'agent du procureur général a reconnu lors de l'audience que les termes utilisés par l'agent Lajoie ne rencontrent pas le volet informationnel, c'est-à-dire d'informer l'appelant qu'il s'agit d'un droit de se faire servir dans la langue de son choix [nous soulignons]⁴⁰.

Par conséquent, dire « Hello/Bonjour, français/anglais, French/English » n'informe aucunement le citoyen de son droit d'être servi dans la langue officielle de son choix par un agent de la paix. En s'exprimant ainsi, l'agent de la paix ne fait que lui offrir le choix de la langue de leur interaction. Selon le juge Léger, afin de remplir son obligation en vertu du paragraphe 31(1) de la *LLO*, et ce, bien qu'il ne le dise pas explicitement dans son jugement, l'agent de la paix devrait dire au citoyen quelque chose du genre : « Vous avez le droit d'être servi dans la langue officielle de votre choix, quelle langue choisissez-vous?/You have the right to receive service in the official language of your choice, which one do you choose ». Une telle formulation informerait, sans aucun doute, le « membre du public qu'il s'agit d'un droit de se faire servir dans la langue de son choix ».

La formulation du paragraphe 31(1) de la *LLO* ressemble quelque peu à l'alinéa 10 b) de la *Charte*, qui se lit comme suit :

Chacun a le droit, en cas	Everyone has the right on arrest
d'arrestation ou de détention :	or detention

[...]	[...]
-------	-------

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;	(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right;
---	--

³⁹ McGraw, *supra* note 8 et Gaudet, *supra* note 13.

⁴⁰ McGraw, 2012, *supra* note 36 au para 28.

Pour se conformer à l'alinéa 10 b), il ne viendrait pas à l'esprit de l'agent de dire à l'individu : « un avocat ou non ». Si le libellé du paragraphe 31(1) de la *LLO* n'est pas clair quant à la façon d'informer les individus de leur droit d'être servi dans la langue officielle de leur choix, le législateur devrait, à notre avis, corriger la situation.

C – Pourquoi l'offre active doit-elle être effectuée?

Dans *R. c. McGraw*, lorsque l'agent de la paix a arrêté M. McGraw en raison d'infractions à la *Loi sur les véhicules à moteur*, il ne l'a pas informé de son droit de se faire servir dans la langue officielle de son choix⁴¹. De plus, l'agent de la paix a indiqué sur les deux avis de poursuite que M. McGraw avait choisi la langue française, bien que cette question ne lui ait jamais été posée. Selon la Cour d'appel, « toute violation du par. 31(1) qui entache un avis de poursuite d'une irrégularité entraîne l'application de l'art. 106 de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, dont le par. (7) ordonne le retrait de tout avis de poursuite entaché d'une "irrégularité" à laquelle il ne peut être remédié »⁴². Selon la Cour d'appel, « la fausse déclaration que M. McGraw avait choisi la langue française » constitue une irrégularité à laquelle il ne peut être remédié⁴³. Par conséquent, les déclarations de culpabilité ont été annulées et la Cour d'appel a conclu qu'il convenait « d'ordonner un nouveau procès et de donner au juge du procès la directive de rendre, si nécessaire, une ordonnance de retrait en vertu du par. 106(7) »⁴⁴.

Dans *R. c. Leblanc*, dont les faits ont été énoncés ci-dessus, le juge de la Cour provinciale, à l'instar de *R. c. McGraw*, a également conclu que l'avis de poursuite était entaché d'une irrégularité à laquelle il ne pouvait être remédié⁴⁵. L'agent de la paix ayant « déduit que la personne voulait le billet dans [la langue anglaise] » au lieu de lui demander violait, par le fait même, les droits linguistiques de Madame Leblanc⁴⁶. En vertu du paragraphe 106(7) de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, le juge a ordonné le retrait de l'avis de poursuite⁴⁷.

⁴¹ *McGraw*, *supra* note 8.

⁴² *Ibid* au para 6.

⁴³ *Ibid* au para 8.

⁴⁴ *Ibid* au para 33.

⁴⁵ *Leblanc*, *supra* note 22.

⁴⁶ *Ibid* au para 42.

⁴⁷ *Ibid* au para 43.

Dans *R. c. Mazerolle*, l'agent de la paix a interpellé M. Mazerolle pour avoir franchi la ligne médiane alors qu'il conduisait sa voiture⁴⁸. L'agent de la paix n'a pas informé M. Mazerolle de son droit d'être servi en français, mais, une fois assis sur la banquette de l'auto de police et ayant détecté un accent français, il lui a demandé, par respect, dans quel langue il voulait être servi⁴⁹. M. Mazerolle a répondu : « Français, mais si vous êtes anglais, ça lui allait »⁵⁰. Cette réponse est conforme aux propos de la juge Lavigne dans *R. c. Gaudet* :

Les minorités linguistiques ne revendiquent pas toujours les services auxquels elles peuvent prétendre. Un citoyen face à un agent de la paix qui l'arrête et qui lui parle dans une langue officielle qui n'est pas la langue de son choix, se résignerait à parler dans la langue de l'agent, craignant d'empirer son sort s'il réclame de l'agent qu'il lui parle dans l'autre langue officielle. La notion d'« offre active » revêt donc une grande importance comme facteur de progrès vers l'égalité de statut des deux langues officielles. Ceci s'adapte aussi bien avec l'idée que les droits linguistiques garantis dans la Charte ont un caractère réparateur par rapport aux situations antérieures.⁵¹

Dans *Mazerolle*, l'agent de la paix a été respectueux envers M. Mazerolle et lui a demandé dans quelle langue il voulait être servi. Même si ce comportement de la part de l'agent est socialement louable, il est pratiquement sans importance. L'obligation d'offrir activement les services dans l'une ou l'autre des deux langues officielles est imposée aux agents de la paix parce qu'un membre du public face à un agent de la paix qui l'arrête et qui lui parle dans une langue officielle qui n'est pas la langue de son choix, se résignerait à parler dans la langue de l'agent, craignant d'empirer son sort s'il réclame de l'agent qu'il lui parle dans l'autre langue officielle. Le concept de l'offre active est donc une notion fondamentale qui va au cœur même de la raison d'être des droits linguistiques⁵² : le respect des individus au sein d'une société et l'égalité de statut,

⁴⁸ 2008 NBCP 31, 336 RNB (2^e) 80.

⁴⁹ *Ibid* au para 3.

⁵⁰ *Ibid* au para 4.

⁵¹ *Gaudet*, *supra* note 13 au para 42.

⁵² L'analyse du concept de l'offre active soulève des questions au sujet de la relation entre droit et obligation qui méritent d'être approfondies dans le cadre d'un article consacré entièrement à ce sujet. Voir généralement Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions Applied in Judicial Reasoning*, Westport (Conn), Greenwood Press, 1978 et H. L. A. Hart, *The concept of law*, 3^e ed, Oxford, Oxford University Press, 2012.

de droits et de privilèges des langues française et anglaise ainsi que des communautés linguistiques françaises et anglaises⁵³.

Par conséquent, les services doivent être offerts activement dans l'une ou l'autre langue officielle par respect des membres des communautés linguistiques officielles. Nous pouvons également ajouter une autre raison pratique pour justifier l'obligation d'offre active de la part des agents de la paix : pour que les affaires soient jugées au fond, au lieu que les accusés soient acquittés, comme en témoigne *R. c. McGraw* et *R. c. Leblanc*, en raison d'irrégularité qui aurait pu être évitée si l'agent de la paix avait respecté ses obligations.

III – LES RECOURS

Les dommages causés par une violation de l'obligation d'offrir activement les services par les agents de la paix ont des conséquences sérieuses pour les membres des communautés linguistiques officielles. Par conséquent, de nombreux cas ont été tranchés par les tribunaux, lesquels ont fait appel à un éventail de recours en fonction des circonstances précises de l'affaire.

A – La compétence de la Cour provinciale

Dans *R. c. Paul Robichaud*, la question de la compétence de la Cour provinciale pour accorder une réparation à la suite d'une violation d'un droit linguistique a été soulevée. La décision du juge LeBlanc de la Cour provinciale dans *Robichaud* a été rendue le 18 juin 2009. À cette époque, le paragraphe 20(2) de la *Charte* n'avait pas encore été interprété comme comprenant implicitement l'obligation d'offre active. Cette interprétation n'est venue qu'en 2010 dans *R. c. Gaudet* et en 2011 dans *R. c. Losier*. Par conséquent, avant ces décisions de la Cour du Banc de la Reine et de la Cour d'appel, une violation du paragraphe 31(1) de la *LLO* ne menait pas à une analyse en vertu de l'article 24 de la *Charte*. Cette précision est importante puisque la *LLO* prévoit ses propres recours. Ainsi, le paragraphe 43(18) prévoit que :

Le plaignant qui n'est pas satisfait des conclusions du commissaire reçues au terme de l'enquête en vertu du	If a complainant is not satisfied with the conclusions of the Commissioner received under subsection (16) or with the
--	---

⁵³ Voir *Gautreau*, *supra* note 4 à la p 28 et la *Charte*, *supra* note 3, art 16(2) et 16.1(1).

paragraphe (16) ou de la suite donnée à sa plainte, peut former un recours devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick.⁵⁴

resolution of the complaint, the complainant may apply to The Court of Queen's Bench of New Brunswick for a remedy.

Et au paragraphe suivant :

Le juge de la cour visée au paragraphe (18) rend la réparation qu'il estime juste et convenable eu égard aux circonstances.⁵⁵

The judge of a court referred to in subsection (18) may grant such remedy as he or she considers appropriate and just in the circumstances.

En vertu de ces deux paragraphes, la Cour provinciale ne semble donc pas avoir la compétence pour accorder une réparation à la suite d'une violation d'un droit linguistique. Le législateur semble plutôt avoir seulement accordé cette compétence au commissaire et à la Cour du Banc de la Reine⁵⁶. Le problème est que la « compétence [de la Cour provinciale] est entièrement d'origine législative »⁵⁷. Par conséquent, selon le juge LeBlanc : « [e]n raison de cette absence d'une disposition statutaire, soit spécifique ou implicite, le juge de la Cour provinciale n'a pas, à [son] avis, la compétence légale d'accorder une réparation quelconque pour un bris à l'article 31(1) de la *Loi sur les langues officielles* »⁵⁸.

Le juge LeBlanc a également examiné quels étaient ses pouvoirs en vertu de la common law pour accorder une réparation. Somme toute, le juge a toujours le pouvoir discrétionnaire « d'inscrire une suspension d'instance pour un abus de procédure »⁵⁹. Selon le juge LeBlanc, il n'y a, cependant, pas eu d'abus de procédure qui justifie l'arrêt des procédures. Le juge a donc conclu qu'il n'avait pas la compétence nécessaire pour accorder une réparation à la suite d'une violation du paragraphe 31(1) de la *LLO*.

⁵⁴ *LLO*, *supra* note 1, art 43(18).

⁵⁵ *Ibid*, art 43(19).

⁵⁶ *Robichaud*, *supra* note 11 au para 50.

⁵⁷ *Ibid* au para 51.

⁵⁸ *Ibid* au para 52.

⁵⁹ *Ibid* au para 53.

Toutefois, le juge LeBlanc a omis de faire référence à une décision de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick qui avait, quelques années auparavant, clarifié la situation. Selon elle :

même si les appelants n'invoquaient que la *Loi sur les langues officielles* comme fondement de leurs revendications, leur action ne pourrait être rejetée au motif qu'ils n'ont pas épuisé les recours qui sont prévus à l'article 43. En effet, le par. 43(20) prévoit explicitement que l'art. 43 « ne porte atteinte à aucun autre droit d'action. » Par cette disposition, le législateur a édicté en termes on ne peut plus clairs que les recours prévus à l'art. 43 ne sont pas uniques ou exclusifs. [...] Il vaut également de rappeler qu'aucune disposition de la *Loi sur les langues officielles* n'oblige un justiciable à faire une plainte aux termes de l'article 43 ou n'investit la cour du pouvoir de contraindre un justiciable à en déposer une.⁶⁰

La Cour provinciale a donc toujours eu la compétence nécessaire pour accorder une réparation à la suite d'une violation de droits linguistiques. En plus de la compétence que la Cour provinciale a en vertu du paragraphe 43(20) de la *LLO*, elle a également compétence, depuis que les tribunaux ont interprété le paragraphe 20(2) de la *Charte* comme comprenant l'obligation d'offre active, puisque toute violation du paragraphe 31(1) de la *LLO* constitue également une violation du paragraphe 20(2) de la *Charte*. Comme suite à une violation de la *Charte*, le juge de la Cour provinciale peut, en vertu de l'article 24 de la *Charte*, accorder la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

B – L'avis de poursuite est entaché d'une irrégularité

Dans *R. c. McGraw*, on se souviendra que l'agent de la paix qui a intercepté M. McGraw « ne l'a pas informé de son droit de se faire servir dans la langue officielle de son choix » et a coché sur l'avis de poursuite que M. McGraw avait choisi la langue française sans le lui demander⁶¹.

Dans cette décision, le Procureur général a également soulevé la question de la compétence de la Cour provinciale. Cependant, le contexte était différent de celui

⁶⁰ *Town of Caraquet et al c Ministre de la santé et du Mieux-être*, 2005 NBCA 34, 282 RNB (2^e) 112 au para 17.

⁶¹ *McGraw*, *supra* note 8 au para 3.

de l'affaire *Robichaud* puisqu'en plus d'une violation du paragraphe 31(1) de la *LLO*, en cochant la case qui indiquait que M. McGraw avait choisi la langue française alors qu'on ne lui a pas posé la question, l'avis de poursuite était entaché d'une irrégularité. Tandis que dans *Robichaud*, l'agent de la paix n'avait pas informé M. Robichaud de son droit de se faire servir dans la langue officielle de son choix, mais lui avait demandé dans quelle langue il voulait qu'il rédige son avis de poursuite.

Selon le juge en chef Drapeau de la Cour d'appel :

toute violation du par. 31(1) qui entache un avis de poursuite d'une irrégularité entraîne l'application de l'art. 106 de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, dont le par. (7) ordonne le retrait de tout avis de poursuite entaché d'une « irrégularité » à laquelle il ne peut être remédié. Pour régler le présent litige, il n'est pas nécessaire de déterminer si l'art. 106 constitue la seule source dont la Cour provinciale tire son pouvoir de réparer des violations de la *Loi sur les langues officielles* qui ne mettent pas en jeu la *Charte* – en supposant, de façon tout à fait hypothétique et pour les fins qui nous occupent, qu'une telle situation puisse exister – et c'est la raison pour laquelle je m'abstiens de me prononcer en la matière.⁶²

Pour une violation du paragraphe 31(1) de la *LLO* qui a comme conséquence d'entacher un avis de poursuite d'une irrégularité, le juge de la Cour provinciale a le pouvoir, en vertu du paragraphe 106(7) de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, d'ordonner le retrait de tout avis de poursuite entaché d'une « irrégularité » à laquelle il ne peut être remédié. Selon le juge en chef :

Le par. 11(3) de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales* exige que les avis de poursuite (Formule 11) soient remplis de façon véridique. L'inscription inexacte du choix de langue de M. McGraw écarte la conclusion que les avis de poursuite « respectent les exigences [de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*] » (voir le par. 106(1)). Par ailleurs, l'assertion, dans les avis de poursuite, que M. McGraw a choisi le français est contredite par le dossier du procès. Il existe

⁶² *Ibid* au para 6.

donc une « différence entre le contenu [des avis de poursuite] et ce qui [est ressorti] de la preuve au procès » (voir le par. 106(1)). Il s'ensuit que les avis de poursuite dont il s'agit en l'espèce renferment une « irrégularité » au sens de l'art. 106. De plus, l'intervention judiciaire ne peut remédier à une irrégularité de cette nature. À cet égard, je dois souligner qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où, par inadvertance, l'agent a coché la mauvaise case pour indiquer le choix de langue du défendeur.⁶³

L'avis de poursuite étant entaché d'une irrégularité, laquelle ne peut être remédiée par l'intervention judiciaire, la Cour d'appel a ordonné un nouveau procès tout en indiquant au juge du procès qu'il devait, en vertu du paragraphe 106(7) de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, retirer l'avis de poursuite⁶⁴.

Un scénario semblable a également eu cours dans *R. c. Leblanc*. On se souviendra que Madame Leblanc avait été interceptée par un agent de la paix unilingue anglophone et qu'elle voulait se faire servir en français, mais qu'elle n'était pas prête à attendre 20 minutes pour un agent bilingue. Étant prête à communiquer avec l'agent en anglais, ce dernier, lorsqu'est venu le temps de rédiger l'avis de poursuite, « a déduit que [Madame Leblanc] voulait le billet [en anglais] »⁶⁵. En s'appuyant sur l'arrêt *McGraw* de la Cour d'appel, le juge de la Cour provinciale n'a eu d'autre choix que de « déclarer une irrégularité sur l'avis de poursuite, laquelle irrégularité ne peut être remédiée »⁶⁶.

C – L'arrêt des procédures

Dans *R. c. Gaudet*, la juge Lavigne a conclu que l'arrêt des procédures n'était pas la réparation appropriée pour la violation des droits linguistiques de M. Gaudet, comme l'avait conclu la juge du procès. Selon la juge du procès, elle ne pouvait pas exclure la preuve en raison de la violation des droits linguistiques puisque M. Gaudet reconnaissait et acceptait les éléments essentiels de l'infraction. Par conséquent, elle devait ordonner l'arrêt des procédures.

La juge Lavigne s'est d'abord livrée à une analyse pour savoir si la preuve aurait été exclue, en application du paragraphe 24(2) de la *Charte*, n'eut été

⁶³ *Ibid* au para 31.

⁶⁴ *Ibid* au para 34.

⁶⁵ *Leblanc*, *supra* note 22 au para 42.

⁶⁶ *Ibid* au para 43.

l'acceptation des éléments de l'infraction par M. Gaudet⁶⁷. Arrivant à la conclusion que la preuve n'aurait pas été exclue, elle s'est ensuite penchée, en vertu du paragraphe 24(1) de la *Charte*, sur la question de savoir s'il « était juste et convenable eu égard aux circonstances que le juge de première instance accorde un arrêt des procédures? »⁶⁸. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* se lit comme suit :

Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.	Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.
--	--

Selon la juge Lavigne, « Le paragraphe 24(1) donne au juge de première instance un pouvoir discrétionnaire de décider de ce qui est convenable et juste eu égard aux circonstances. Le juge doit se fonder sur la violation en cause, sur les faits et sur l'application des principes juridiques pertinents »⁶⁹. En s'appuyant sur l'arrêt *R. c. Regan*⁷⁰ de la Cour suprême du Canada, où il a été dit que l'arrêt des procédures ne pouvait être ordonné que dans les « cas les plus manifestes », la juge est arrivée à la conclusion suivante :

Je ne peux qualifier cette affaire d'un « cas les plus manifestes ». La suspension est réservée aux seuls cas qui satisfont à un test préliminaire très exigeant. Je conclus que les exigences d'un arrêt des procédures n'ont pas été satisfaites. L'arrêt des procédures n'était pas une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances. Il n'est pas équitable d'accorder une défense complète à un accusé aussitôt qu'une violation de droit linguistique est constatée devant une cour pénale. L'ordonnance d'un arrêt des procédures automatique lorsqu'une violation de droits linguistiques

⁶⁷ Nous abordons, ci-dessous, l'analyse pour savoir si la preuve peut être exclue en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte*.

⁶⁸ *Gaudet*, *supra* note 13 au para 69.

⁶⁹ *Ibid* au para 71.

⁷⁰ 2002 CSC 12, [2002] 1 RCS 297. Voir également *R c Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 RCS 309 au para 31 [*Babos*].

est constatée devant une cour pénale ne conserve pas l'intégrité du système judiciaire.⁷¹

La juge Lavigne a pu s'adonner à ces deux analyses parce qu'elle avait déjà conclu que l'agent de la paix avait également l'obligation d'offrir activement les services dans l'une des deux langues officielles en vertu du paragraphe 20(2) de la *Charte*. Par conséquent, elle pouvait procéder à une analyse en vertu du paragraphe 24(2) et ensuite du paragraphe 24(1) de la *Charte*⁷².

Dans *R. c. Furlotte*, le juge de la Cour du Banc de la Reine a conclu que l'arrêt des procédures n'était pas la réparation appropriée pour le non-respect de l'obligation d'offre active de la part de l'agent de la paix⁷³. Dans cette affaire, après qu'elle soit arrivée chez elle, Madame Furlotte s'est couchée, mais elle a été réveillée par du bruit à l'extérieur. Elle s'est levée et a constaté qu'il y avait deux feux sur sa propriété. Elle a téléphoné au service d'urgence 911. Le sergent Sawyer et le gendarme Lebreton de la GRC sont arrivés en premier à la résidence de Madame Furlotte. Lorsqu'elle a vu que le gendarme Lebreton était l'un des deux officiers, Madame Furlotte est devenue hystérique, sommant les deux officiers de quitter les lieux. Quarante-cinq minutes plus tard, le sergent Sawyer est retourné à la résidence de Madame Furlotte, mais cette fois-ci en compagnie du gendarme Leblanc. Madame Furlotte a demandé au sergent qui était l'autre agent. Lorsqu'il lui a dit qu'il s'agissait du gendarme Leblanc, elle est de nouveau devenue hystérique et les a sommés de quitter les lieux.

Pendant tout ce temps, Madame Furlotte a téléphoné à plusieurs reprises au service d'urgence 911 ainsi qu'au centre des télécommunications de la GRC de la province. Pendant l'une des conversations avec le service d'urgence 911, Madame Furlotte a dit « qu'elle voulait que le gendarme Leblanc quitte sa propriété sous peine de poursuite jusqu'à la mort »⁷⁴. Elle a ensuite téléphoné au centre des télécommunications de la GRC pour leur dire que si le gendarme Leblanc revenait chez elle, qu'elle allait « tirer sur lui ».

Il convient de noter que toutes les interactions que Madame Furlotte a eues avec les membres de la GRC, le service d'urgence 911 ou le centre des

⁷¹ *Gaudet, supra* note 13 au para 75.

⁷² Il aurait été intéressant de voir si la juge se serait prévalu des pouvoirs conférés par le paragraphe 43(19) de la *LLO* pour accorder « la réparation qu'[elle] estime juste et convenable eu égard aux circonstances ».

⁷³ 2010 NBBR 228, 364 RNB (2^e) 69 au para 46 [*Furlotte*].

⁷⁴ *Ibid* au para 13.

télécommunications de la GRC se sont déroulées en anglais. Dix jours plus tard, le gendarme Allain est allé à la résidence de Madame Furlotte pour procéder à son arrestation « pour avoir fait de nombreux appels aux centres d'urgence le 25 août 2007, pour avoir proféré des menaces de mort à l'endroit du gendarme Leblanc pendant une conversation téléphonique et pour avoir manqué à une promesse, faite sur ordonnance de la Cour, de ne pas consommer de boissons alcoolisées »⁷⁵.

Au moment où cette décision a été rendue, la juge Lavigne avait déjà rendu sa décision dans l'affaire *Gaudet* dans laquelle elle avait conclu que l'offre active est implicite dans le paragraphe 20(2) de la *Charte*, mais la décision de la Cour d'appel dans *Losier* n'avait pas encore été rendue. Le juge de la Cour du Banc de la Reine a donc procédé à son analyse de la manière suivante : « [à] supposer, sans pour autant en décider, que le par. 20(2) de la *Charte* est assorti d'une obligation d'offre active implicite du choix de la langue à laquelle le gendarme Allain était assujéti lorsqu'il a arrêté l'accusée le 4 septembre 2007, l'imposition d'une suspension de l'instance était-elle convenable eu égard aux circonstances? »⁷⁶.

Afin de répondre à cette question, le juge de la Cour du Banc de la Reine s'est appuyé sur le résumé de l'état du droit énoncé par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Zarinchang* :

(1) Il existe deux catégories d'affaires qui peuvent donner lieu à une suspension de l'instance.

La première catégorie regroupe les affaires où l'équité du procès a été compromise par suite de l'inconduite de l'État. La deuxième catégorie est une catégorie résiduelle qui comprend les affaires qui n'ont aucun lien avec l'équité du procès mais intéressant la conduite de l'État qui contrevient aux notions fondamentales de justice, ce qui mine l'intégrité du processus judiciaire.

(2) Pour que la suspension de l'instance soit accordée au regard de l'une ou l'autre de ces catégories, il doit être satisfait aux critères suivants :

(i) le préjudice causé par l'abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son

⁷⁵ *Ibid* au para 14.

⁷⁶ *Ibid* au para 28.

issue; le préjudice à réparer doit avoir un caractère prospectif plutôt que rétroactif;

(ii) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice.

(3) Dans les affaires rattachées à l'une ou l'autre des catégories où il subsiste une certaine incertitude quant à savoir si l'abus est suffisamment grave pour créer un préjudice qui justifie une suspension, le tribunal peut tenir compte d'un troisième critère – la mise en balance des intérêts que servirait une suspension et de l'intérêt que représente pour la société un procès sur le fond.⁷⁷

Pour qu'un arrêt des procédures soit justifié, le dossier doit tomber dans l'une de ces deux catégories, qui peuvent être décrites comme étant la catégorie du procès inéquitable (principale⁷⁸) et la catégorie résiduelle. Selon le juge de la Cour du Banc de la Reine, non seulement le procès n'aurait pas été inéquitable s'il avait eu lieu, mais le juge du procès n'a pas « mis en balance la nature et la gravité de la violation avec l'intérêt que représente pour la société un procès sur le fond » :

La violation du droit constitutionnel de Mme Furlotte par la police, en l'espèce la prétendue « obligation d'offre active » du choix de la langue de communication, n'est pas, tel qu'il a été mentionné dans Taillefer, le seul élément du cadre d'analyse dont il faut tenir compte pour décider si une suspension de l'instance devrait être inscrite dans le présent procès criminel. Les intérêts de la société constituent également un aspect important de cette analyse. Lorsqu'un juge de procès détermine s'il doit être mis fin de façon définitive à un procès criminel en imposant la suspension de l'instance en raison de la violation d'un droit garanti par la *Charte*, il doit mettre en balance la nature et la gravité de la ou des violations de la *Charte* et l'intérêt de la société à ce qu'une affaire soit jugée sur le fond. Voir *R. c. Regan* (précité), au par. 69. Le juge du procès n'a aucunement fait état de cet intérêt concurrent de la société dans la présente affaire.

⁷⁷ 2010 ONCA 286, 99 OR (3^e) 721 au para 57, tel que cité dans *Furlotte*, *ibid* au para 40. Voir également *Babos*, *supra* note 70 aux para 31-32 et 44.

⁷⁸ *Babos*, *ibid* au para 31.

L'intérêt de la société à ce qu'il soit statué sur le fond de l'affaire est un élément important non seulement dans le cadre d'une analyse fondée sur le par. 24(1) de la *Charte* mais aussi du fait qu'il imprègne toutes les décisions rendues en vertu de l'art. 24, à l'exclusion de celles qui mettent un terme à un procès inéquitable. Comme la Cour suprême l'a récemment souligné dans la refonte du cadre d'analyse à utiliser pour déterminer si une preuve obtenue en violation d'un droit protégé par la *Charte* doit être exclue en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, l'examen de cet intérêt constitue une partie essentielle et obligatoire de la décision d'admettre ou d'exclure la preuve.⁷⁹

Le juge de la Cour du Banc de la Reine est donc arrivé, à la suite d'une « analyse objective de la preuve et des principes pertinents », à la conclusion que l'arrêt des procédures n'était pas justifié dans ce dossier⁸⁰.

La Cour suprême du Canada est récemment parvenue à cette même conclusion alors qu'elle devait se prononcer à l'égard d'une situation concernant la catégorie résiduelle. À six contre un, la Cour a conclu, dans *R. c. Babos*, que l'arrêt des procédures n'était pas justifié. M. Babos a été intercepté par deux policiers alors qu'il était en possession d'une arme semi-automatique. Quelques mois plus tard, M. Piccirilli a été arrêté et lui et M. Babos ont été accusés de 22 infractions relatives aux armes à feu et à l'importation, à la production et au trafic de méthamphétamine.

Les deux accusés se sont plaints au sujet de trois gestes qui constituaient selon eux un abus de procédure. D'abord, la première substitut du procureur général les aurait menacé à plusieurs reprises de porter d'autres accusations contre eux s'ils ne renonçaient pas à leur procès. Ensuite, il y aurait eu collusion entre les deux policiers pour induire la cour en erreur au sujet de la saisie de l'arme à feu dans la

⁷⁹ *Furlotte*, *supra* note 73 aux para 43-44.

⁸⁰ La décision dans *Furlotte* est une occasion ratée de connaître les conséquences d'une violation du paragraphe 31(1) de la *LLO* qui n'est pas accompagnée d'une violation du paragraphe 20(2) de la *Charte*. Or, étant donné l'arrêt *Losier*, *supra* note 16, ce scénario risque de ne plus jamais se représenter au Nouveau-Brunswick, car comme l'a souligné le juge en chef Drapeau de la Cour d'appel dans *McGraw*, *supra* note 8 au para 6 : « des violations de la *Loi sur les langues officielles* qui ne mettent pas en jeu la *Charte* – en supposant, de façon tout à fait hypothétique et pour les fins qui nous occupent, qu'une telle situation puisse exister [...] ». Cela étant dit, il se pourrait que la question se présente à nouveau dans l'éventualité où une décision de la Cour suprême du Canada viendrait conclure que l'obligation d'offre active ne découle pas de l'article 20 de la *Charte*.

voiture de M. Babos. Finalement, une procureure fédérale aurait « utilisé des moyens irréguliers pour obtenir le dossier médical de M. Piccirilli auprès du centre de détention où il était incarcéré en attendant son procès ».

Dans ce cas-ci, le juge Moldaver, au nom de la majorité, a analysé séparément les trois incidents tout en soulignant qu'en procédant ainsi il n'affirmait « pas que l'on devrait toujours adopter une telle approche fractionnée »⁸¹. Selon Moldaver, l'allégation relative aux irrégularités pour obtenir le dossier médical de M. Piccirilli n'a aucunement porté préjudice à l'intégrité du système de justice. Bien qu'il ait été obtenu de manière inhabituelle, le ministère public a fait preuve de transparence à ce sujet⁸². S'agissant de l'allégation relative à la collusion policière et étant donné la conclusion du juge du procès à ce sujet, la Cour est passée à la deuxième étape de l'analyse et s'est demandée s'il existait une autre réparation qui permettrait de corriger le préjudice causé à l'intégrité du système de justice⁸³. Au lieu de conclure que l'arrêt des procédures était le seul moyen de réparer ce préjudice, la Cour était d'avis que le juge du procès aurait pu exclure l'arme à feu de la preuve présentée au tribunal⁸⁴. Finalement, la Cour s'est rendue à la troisième étape du test lorsqu'elle a analysé le comportement de la première substitut du procureur général. Bien que la Cour n'approuve pas la démarche employée par la substitut du procureur et que ces propos étaient effectivement menaçants à l'égard de M. Piccirilli, selon la Cour, plusieurs facteurs doivent être pris en considération : 1) « [l]es menaces ont été proférées plus d'un an avant l'ouverture du procès », 2) « [q]uand la conduite répréhensible a été dévoilée, [la substitut du procureur] n'occupait plus et n'intervenait plus dans le dossier depuis longtemps » et 3) « le temps écoulé entre le moment où les menaces avaient été proférées et celui où elles avaient été révélées la première fois ». La Cour devait donc procéder à la troisième étape de l'analyse et soupeser les effets de « la gravité de la conduite répréhensible par rapport à l'intérêt de la société dans la tenue d'un procès »⁸⁵. Selon la Cour, lorsqu'on soupèse les 22 accusations graves portées contre les accusés et les « menaces proférées plus d'un an avant le procès par une substitut du procureur général n'occupant plus au dossier »⁸⁶, il est clair qu'il ne s'agissait pas d'un cas des plus manifestes qui justifiait l'arrêt des procédures.

⁸¹ *Babos*, *supra* note 70 au para 73.

⁸² *Ibid* au para 51.

⁸³ *Ibid* au para 55.

⁸⁴ *Ibid* aux para 56-57.

⁸⁵ *Ibid* au para 69.

⁸⁶ *Ibid*.

Dans le même ordre d'idée, la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *R. c. Munkonda*⁸⁷, n'était pas d'avis que les nombreuses violations des droits linguistiques à l'égard de deux francophones, lesquels étaient accusés de nombreuses infractions liées au trafic de cocaïne, lors de l'enquête préliminaire bilingue justifiaient l'arrêt des procédures. Lors de la troisième étape de l'analyse, la Cour s'est exprimée ainsi :

les violations ont eu lieu au cours d'une enquête préliminaire et non au procès. De plus, malgré le fait qu'elles soient graves, je ne suis pas en mesure de conclure qu'il y a eu mauvaise foi, étant donné l'absence de jurisprudence établissant clairement les obligations du ministère public dans un procès ou une enquête préliminaire bilingue de ce genre. Ainsi, le défi en l'espèce est de façonner une réparation moins extrême qu'un arrêt des procédures, mais qui constitue néanmoins une réelle réparation pour l'appelant.⁸⁸

L'appelant a donc reçu les dépens raisonnables engagés pour l'enquête préliminaire et le juge a cassé l'ordonnance de renvoi à procès. La malencontreuse conséquence de cette conclusion est, qu'en plus des nombreuses violations de leurs droits linguistiques qu'ils ont déjà subies, ils doivent maintenant reprendre l'enquête préliminaire.

Comme nous pouvons le constater, « [l']arrêt des procédures est la réparation la plus draconienne qu'une cour criminelle puisse accorder »⁸⁹. Au Nouveau-Brunswick, l'arrêt des procédures ne semble pas avoir été accordé pour une violation de l'offre active.

D – L'exclusion de la preuve

On se souviendra que dans *R. c. Losier*, les interactions de M. Losier avec l'agent, qui était unilingue anglophone, se sont entièrement déroulées en anglais et ce, malgré l'anglais rudimentaire de M. Losier. Ce n'est qu'au moment où M. Losier a exprimé le souhait de parler avec un avocat francophone que l'agent lui a demandé s'il voulait communiquer en français. Préférant la langue française, l'agent l'a informé qu'il pourrait communiquer avec un agent et un avocat

⁸⁷ 2015 ONCA 309, [2015] OJ n° 2284 (QL).

⁸⁸ *Ibid* au para 136.

⁸⁹ *Babos*, *supra* note 70 au para 30.

francophone au poste de police, ce qu'il a fait 30 minutes après qu'il ait été interpellé au contrôle routier.

Puisque la Cour d'appel a, « pour l'essentiel », souscrit aux motifs du juge de la Cour du Banc de la Reine, nous nous tournons vers sa décision pour connaître la démarche à employer en matière d'exclusion de la preuve. Ayant conclu, tout comme le juge de la Cour provinciale, qu'une violation du paragraphe 31(1) de la *LLO* avait également comme conséquence de violer le paragraphe 20(2) de la *Charte*, le juge de la Cour du Banc de la Reine a passé en revue l'analyse effectuée par le juge du procès en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte* pour exclure la preuve obtenue en violation d'un droit constitutionnel⁹⁰. Le paragraphe 24(2) se lit comme suit :

Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.	Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.
---	--

L'analyse dont il est question a été énoncée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Grant* :

Il ressort de la jurisprudence et de la doctrine qu'il faut, pour déterminer si l'utilisation d'un élément de preuve obtenue en violation de la Charte déconsidérerait l'administration de la justice, examiner trois questions tirant chacune leur origine des intérêts publics sous-jacents au par. 24(2), considérés à long terme dans une perspective sociétale prospective. Ainsi, le tribunal saisi d'une demande d'exclusion fondée sur le par. 24(2) doit évaluer et mettre en balance l'effet que l'utilisation des éléments de preuve aurait

⁹⁰ Losier, BR, *supra* note 18 au para 29.

sur la confiance de la société envers le système de justice en tenant compte de : (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État (l'utilisation peut donner à penser que le système de justice tolère l'inconduite grave de la part de l'État), (2) l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la Charte (l'utilisation peut donner à penser que les droits individuels ont peu de poids) et (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Le rôle du tribunal appelé à trancher une demande fondée sur le par. 24(2) consiste à procéder à une mise en balance de chacune de ces questions pour déterminer si, eu égard aux circonstances, l'utilisation d'éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Bien qu'elles ne recoupent pas exactement les catégories élaborées dans Collins, ces questions visent les facteurs pertinents pour trancher une demande fondée sur le par. 24(2), tels qu'ils ont été formulés dans Collins et dans la jurisprudence subséquente.⁹¹

S'agissant du premier critère de l'analyse, le juge du procès a conclu que « les gestes de l'agent [ont] contrevenu de façon marquée aux droits linguistiques garantis à M. Losier en vertu de la *Loi sur les langues officielles* et la *Charte* »⁹². Pour arriver à cette décision, le juge a notamment pris en considération le fait que l'agent a remarqué que M. Losier avait un accent français prononcé et que son anglais était rudimentaire, que l'agent était bien informé de ses obligations en vertu du paragraphe 31(1) de la *LLO* et qu'il n'a offert de communiquer en français que lorsque M. Losier a demandé un avocat en français, que plus de 30 minutes se sont écoulées et, pendant ce temps, un échantillon d'haleine dans un appareil à détection approuvé a été fourni et, finalement, que de telles situations, où les agents de Fredericton n'avaient pas respecté le paragraphe 31(1) de la *LLO* étaient également présentes dans trois autres dossiers.

S'agissant du deuxième critère de l'analyse, le juge de la Cour du Banc de la Reine a conclu qu'il « y a lieu dans ce contexte de donner une reconnaissance [réelle] afin d'éviter que les membres du public perçoivent ces droits linguistiques comme étant inutile[s] et de minimiser l'importance de la violation »⁹³. Étant donné le rôle et l'importance des droits linguistiques au Nouveau-Brunswick, le juge était d'avis que l'utilisation de la preuve aurait donné à penser que les droits individuels ont peu de poids.

⁹¹ 2009 CSC 32, [2009] 2 RCS 353 au para 71 [*Grant*].

⁹² *Losier*, BR, *supra* note 18 au para 39.

⁹³ *Ibid* au para 43.

S'agissant du troisième et dernier critère, il n'y a aucun doute que la société s'attend à ce que les affaires criminelles soient jugées sur le fond. Dans la présente affaire, « le juge du procès a conclu que les résultats des échantillons d'haleine dans l'alcootest ont été obtenus après qu'il avait été mis en communication dans la langue de son choix, mais que les motifs raisonnables pour fonder la demande de se soumettre à l'alcootest avaient été obtenus avant que l'accusé soit offert des services en français en violation flagrante de ses droits linguistiques »⁹⁴. Le juge du procès a donc exclu la preuve du certificat du technicien qualifié, ce qui a eu comme conséquence d'acquitter M. Losier. Selon le juge du procès, malgré l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond, admettre la preuve obtenue, dans ce cas-ci, serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice⁹⁵.

Par conséquent, suivant les consignes de la Cour suprême du Canada dans *Grant* où la Cour était d'avis que « lorsque le juge a examiné les bons facteurs, les cours d'appel devraient faire preuve d'une retenue considérable à l'égard de la décision rendue »⁹⁶, le juge de la Cour du Banc de la Reine a conclu que le juge du procès a eu raison de conclure comme il l'a fait; une décision qui a également été approuvée par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick.

Dans *R. c. Thériault*, on se souviendra qu'après avoir intercepté M. Thériault, l'agente l'a approché en lui disant « Hello/Bonjour ». Ayant répondu en français, l'agente a procédé en français. La juge du procès a conclu que « Hello/Bonjour » ne constituait pas une offre active au sens du paragraphe 31(1) de la *LLO* et, par conséquent, que les droits linguistiques de M. Thériault en vertu de ce paragraphe et du paragraphe 20(2) de la *Charte* avait été violé. À la suite de cette violation, la juge a, en vertu du paragraphe 24(2), exclu la preuve.

En appel à la Cour du Banc de la Reine devant le juge Léger, ce dernier a jugé, comme il le fera quelques mois plus tard dans *McGraw c. R.*, que l'analyse telle qu'énoncée dans *Grant* favorisait l'utilisation de la preuve et qu'elle n'avait pas, dans les circonstances, pour effet de déconsidérer l'administration de la justice. En distinguant la présente affaire de l'arrêt *Losier*, le juge a conclu qu'il n'y avait aucune preuve concernant la conduite attentatoire de l'agente, qu'il n'y avait également aucune preuve à l'égard de l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé et, finalement, que l'importance et la fiabilité de la preuve étaient des considérations importantes dans l'analyse du troisième critère. Somme toute, le

⁹⁴ *Ibid* au para 46.

⁹⁵ *Ibid* au para 47.

⁹⁶ *Grant*, *supra* note 91 au para 86.

juge Léger a conclu que la juge du procès avait commis une erreur en excluant la preuve. Selon lui, « l'utilisation de la preuve ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice »⁹⁷.

Dans *McGraw c. R.*, l'agent qui a intercepté M. McGraw lui a dit, en s'approchant de sa voiture, « Hello/Bonjour, français/anglais, French/English ». Comme nous l'avons vu ci-dessus, la Cour a conclu que cette façon de procéder ne respectait pas les obligations qui découlent du paragraphe 31(1) de la *LLO* et, de plus, « les termes utilisés n'informent aucunement l'appelant comme membre du public qu'il s'agit d'un droit de se faire servir dans la langue de son choix »⁹⁸. Comme suite à la violation des droits linguistiques de M. McGraw prévus au paragraphe 31(1) de la *LLO* et du paragraphe 20(2) de la *Charte*, la Cour devait procéder à l'analyse en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte* pour déterminer si la preuve obtenue à la suite d'une violation d'un droit constitutionnel devait être exclue dans les circonstances.

Dans cette affaire, l'agent, bien qu'il n'ait pas fait une offre active de manière adéquate, a ni plus ni moins suggéré un choix de langues à deux reprises : au premier contact et lors de la mise en garde. Le juge était donc d'avis que l'agent avait agi de bonne foi et qu'il n'était pas question de « gestes graves ou délibérés ». De plus, bien qu'il y ait eu violation des droits linguistiques de M. McGraw, cette violation a eu peu d'incidence sur ses droits. Finalement, le juge était d'avis que l'intérêt de la société serait mieux servi par l'utilisation de la preuve. Somme toute, « considérant les circonstances précises de l'affaire sous révision, [le juge] estime que l'utilisation de la preuve obtenue, plus précisément du certificat d'analyse des échantillons d'haleine de l'appelant, ne déconsidérerait pas l'administration de la justice »⁹⁹.

Dans *R. c. McKenzie*, le juge de la Cour provinciale a également conclu que l'admission de la preuve n'aurait pas pour effet de déconsidérer l'administration de la justice. Dans cette affaire, la voisine de Madame McKenzie a téléphoné le service de police pour faire une plainte alléguant que Madame McKenzie avait conduit en état d'ébriété. Elle aurait roulé à toute vitesse, ne se serait pas arrêtée au panneau d'arrêt et aurait fait crier ses pneus en entrant dans sa cour; ces observations ayant également été confirmées par un autre voisin.

⁹⁷ Thériault, *supra* note 34 au para 36.

⁹⁸ McGraw, 2012, *supra* note 36 au para 28.

⁹⁹ *Ibid* au para 37.

Ne croyant pas avoir de motifs pour l'arrêter, le gendarme Frenette s'est rendu au domicile de Madame McKenzie pour lui faire part de la plainte. Arrivé à la porte de la maison, il a été prié d'entrer. Il a informé Madame McKenzie du fait qu'elle n'était pas obligée de lui parler et qu'il quitterait les lieux si elle le lui demandait. Madame McKenzie a répondu qu'elle connaissait ses droits. Alors qu'il était à l'intérieur de la maison, il a senti une forte odeur d'alcool et a remarqué que Madame McKenzie avait les yeux larmoyants et qu'elle avait de la difficulté à prononcer ses mots. Ces observations le portaient à croire que Madame McKenzie avait bel et bien conduit en état d'ébriété et il lui a donc demandé qu'elle fournisse un échantillon d'haleine au moyen d'un alcootest approuvé. Il l'a ensuite mise en arrestation pour conduite avec facultés affaiblies et ils sont allés au poste de police pour qu'elle fournisse un échantillon à la demande d'un technicien qualifié.

Toutes les conversations entre l'agent Frenette et Madame McKenzie se sont déroulées en anglais. En aucun moment, l'agent a-t-il fait une offre active de service dans la langue officielle de son choix à Madame McKenzie. Selon le juge, il est clair que les droits linguistiques de Madame McKenzie prévus au paragraphe 31(1) de la *LLO* et au paragraphe 20(2) de la *Charte* n'ont pas été respectés. Le juge a donc procédé à une analyse en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte* pour savoir si la preuve obtenue en violation du droit constitutionnel devait être exclue. Selon lui, « l'omission du gendarme Frenette était clairement due à de l'inadvertance et il a toujours témoigné de la courtoisie et du respect envers Mme McKenzie, ce qui n'est pas le genre de conduite de la part de la police qu'une cour doit désapprouver »¹⁰⁰.

Au sujet des échantillons d'haleine, le juge a fait référence à la décision de la Cour suprême du Canada dans *Grant* où elle avait affirmé :

Bien qu'il faille toujours tenir compte des faits particuliers de chaque cause, on peut dire que, en règle générale, les éléments de preuve seront écartés en dépit de leur pertinence et de leur fiabilité lorsque l'atteinte à l'intégrité corporelle est délibérée et a des effets importants sur la vie privée, l'intégrité corporelle et la dignité de l'accusé. À l'inverse, lorsque la violation est moins inacceptable et l'atteinte moins sévère, les éléments de preuve corporelle fiables pourront être admis. Ce sera souvent le cas, par exemple, des

¹⁰⁰ McKenzie, *supra* note 35 au para 15.

échantillons d'haleine, qui s'obtiennent par des procédés relativement non intrusifs [nous soulignons].¹⁰¹

Ayant pondéré les facteurs devant être pris en compte en vertu de l'analyse énoncée dans *Grant* et s'appuyant sur ce dernier passage, le juge a conclu qu'exclure les éléments de preuve aurait pour effet de déconsidérer l'administration de la justice. En outre, il a adopté le raisonnement du juge dans *R. c. Thériault* et dans *R. c. Landry* où le juge Léger a également conclu que la preuve ne devrait pas être écartée en dépit de l'absence d'offre active de service à M. Landry; un geste qui n'a pas été effectué de mauvaise foi, mais plutôt par insouciance¹⁰².

CONCLUSION

L'obligation qu'ont les agents de la paix de faire une offre active de leurs services est bien établie au Nouveau-Brunswick. Elle découle à la fois du paragraphe 20(2) de la *Charte* et du paragraphe 31(1) de la *LLO*. Le paragraphe 20(1) de la *Charte* n'a, cependant, pas encore été interprété comme comprenant implicitement l'offre active. Une telle interprétation ferait en sorte que les agents de la paix fédéraux partout au Canada auraient l'obligation d'offrir le service dans les deux langues officielles, du moins là où « l'emploi du français ou de l'anglais fait l'objet d'une demande importante »¹⁰³.

En matière d'interprétation de l'article 20 de la *Charte*, il risque de se produire l'une de deux choses. Soit le paragraphe 20(1) sera éventuellement interprété comme comprenant implicitement l'offre active, soit le paragraphe 20(2) sera éventuellement interprété par la Cour suprême du Canada comme ne comprenant pas implicitement l'offre active. Nous sommes d'avis qu'il est plus probable que le premier scénario se produise. Le cas échéant, la jurisprudence relative aux violations du paragraphe 20(2) de la *Charte* et du paragraphe 31(1) de la *LLO*, montre quelles seront les conséquences d'une telle violation.

Les recours qui ont effectivement été accordés pour de telle violation se résument comme suit : 1) il y a eu une irrégularité sur l'avis de poursuite à laquelle il ne pouvait être remédiée, et 2) la preuve a été exclue dans des cas extrêmes. Si on élimine le premier scénario, puisque l'irrégularité qui s'est produite relève plutôt

¹⁰¹ *Grant*, *supra* note 91 au para 111.

¹⁰² *Landry*, *supra* note 31.

¹⁰³ *Charte*, *supra* note 3, art 20(1)a).

du choix de la langue des procédures judiciaires et non de l'offre active de service effectuée par l'agent, il ne reste vraiment que le second scénario. D'ailleurs, s'agissant du second scénario, il est important de souligner que dans la plupart des cas, le juge a conclu que l'utilisation de la preuve, lorsqu'il y a eu un manquement à l'obligation d'offre active par un agent de la paix, ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le juge n'est, de fait, parvenu à la conclusion contraire que dans *Losier*, un cas extrême de violation des droits linguistiques.

Cela ne veut pas dire que l'offre active n'est pas importante ou que les agents de la paix peuvent ignorer cette obligation. Au contraire, elle fait partie des obligations importantes dans un État de droit qui a opté pour le bilinguisme institutionnel. Comme le juge en chef Richard l'a si bien dit, c'est une « question de dignité, de fierté et de respect mutuel des individus de la société »¹⁰⁴. Dans ce même ordre d'idée, le paragraphe 20(1) de la *Charte* devrait également être interprété comme comprenant implicitement l'offre active afin de faire preuve de dignité et de respect des individus parlant l'une des deux langues officielles au pays.

¹⁰⁴ Gautreau, *supra* note 4 à la p 28.

Allocution

LES GARANTIES LINGUISTIQUES : DROITS HUMAINS OU INSTRUMENTS D'INTÉGRATION SOCIALE AU CANADA*

Michel Bastarache**

INTRODUCTION

Pour bien comprendre la place des droits linguistiques comme instruments de protection des minorités, il faut d'abord s'interroger sur les notions en cause et sur le contexte socio-politique dans lequel on fera appel à ces droits.

Les notions en cause sont la notion de droit fondamental et son application au droit linguistique, la notion de droit social par rapport à celle de droit légal, et aussi les notions de droit individuel et de droit collectif. La pertinence de ces notions est à mon avis facile à démontrer. Si le droit linguistique, ou certains droits linguistiques, sont des droits humains fondamentaux, ils sont universels et devraient trouver application dans tous les États où se trouvent des minorités linguistiques. Si ce sont des droits légaux, ils résultent de compromis politiques et tiennent leur importance de leur forme : ils peuvent être inscrits dans l'ordre constitutionnel ou dans des lois. Ils pourront alors être fondamentaux ou non. Si le droit linguistique est avant tout un droit social, sa justification doit se trouver dans la morale sociale et le devoir de le reconnaître comme un élément essentiel de la dignité humaine. Sa justification ne tient pas dans ce cas à une condition de nombre ou d'efficacité. La dimension collective du droit linguistique est assez apparente puisque la langue est avant tout un moyen de communication et un support pour les caractéristiques culturelles d'une communauté, mais la définition et l'exercice du droit sont normalement décrits en référant à des activités individuelles.

I – LES DROITS HUMAINS

Le droit linguistique est-il un droit humain fondamental? Il y a plusieurs théories dans ce domaine, bien que les recherches publiées ne soient pas nombreuses ou

* Cette allocution a été présentée lors du colloque de Chiang Mai en 2012.

** Avocat et ancien juge à la Cour suprême du Canada.

très bien étayées¹. La question est difficile parce que, au départ, il faut constater que la reconnaissance de droits linguistiques résulte le plus souvent de situations politiques où une majorité linguistique fait face à des revendications. Les membres de la majorité ne sentent pas le besoin d'établir le droit à l'usage de leur langue, cela va de soi. Si la législation linguistique résulte de revendications, c'est normalement un signe clair qu'elle a pour but d'éviter les conflits sociaux en faisant échec à la discrimination plutôt que de faire référence à la volonté de promouvoir la diversité culturelle et l'inclusion des locuteurs de la langue minoritaire dans la société civile. Il y a cependant un bon nombre d'États où la législation linguistique est survenue dans un contexte de domination politique par une minorité, comme dans les cas de colonialisme. Au Canada, c'est justement ce qui s'est produit. La conquête du Canada par l'Angleterre a amené le conquérant à imposer sa langue à la majorité en en faisant la langue de l'administration et de la justice, et aussi la langue du commerce. Cela a créé une situation de conflit qui ne s'est jamais démentie même après que le Canada soit devenu très largement anglophone.

On a souvent prétendu que l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* qui prévoient le droit pour les minorités linguistiques « d'avoir en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue » crée des obligations positives pour les États². Cette position est fondée sur la volonté de maintenir les minorités culturelles comme une richesse et de reconnaître leur droit à l'existence et à la dignité. Or, ceci n'a rien à voir avec les compromis politiques qui expliquent les droits constitutionnels en matière de langue au Canada.

Les droits reconnus dans la *Loi constitutionnelle de 1867* sont simplement la reprise des droits reconnus à l'époque coloniale, des droits très limités qui servent à maintenir le *statu quo* après une période de troubles politiques³. La paix sociale viendrait du fait que le Québec aurait compétence sur les domaines qui importent au plan culturel; la Cour suprême du Canada verra en cela le devoir d'interpréter

¹ Voir, par exemple, Tove Skutnabb-Kangas et Robert Phillipson, « Vers une déclaration universelle des droits humains linguistiques » (1990) 2 *Langues modernes* 27.

² 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, art 27 (entrée en vigueur : 23 mars 1976, accession du Canada 19 mai 1976). Voir Syméon Karagiannis, « La protection des langues minoritaires au titre de l'article 27 du pacte international relatif aux droits civils et politiques » (1994) 18 *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 195 aux pp 197-204.

³ *PG du Québec c Blaikie*, [1981] 1 RCS 312 à la p 330, 1981 CanLII 14 : « Le statut de l'anglais et du français devant les tribunaux du Québec au sens de l'art. 133 de l'A.A.N.B. révèle une pratique continue qui remonte presque au début du régime britannique ».

restrictivement les droits linguistiques en 1986, de manière à ne pas affecter les pouvoirs du Québec en matière de culture⁴.

La *Loi constitutionnelle de 1867* ne protège pas les francophones minoritaires à l'extérieur du Québec⁵. De fait, ceux-ci se croyaient protégés par un article qui garantissait la liberté de maintenir un réseau scolaire catholique puisqu'il y avait concordance entre religion et culture à l'époque⁶. Cet espoir sera anéanti par le conseil privé de Londres (la dernière autorité judiciaire à l'époque) et le refus du gouvernement fédéral d'avoir recours à une loi protectrice comme l'autorisait la constitution⁷. Le régime linguistique canadien n'a donc pas d'assise morale. La discrimination dont font l'objet les francophones des Maritimes, de l'Ontario et de l'Ouest est tolérée, les provinces adoptant des lois visant l'assimilation totale de la minorité linguistique provinciale, surtout en matière d'éducation⁸. De fait, il faudra attendre 1969 pour trouver les premières lois linguistiques au palier fédéral et au Nouveau-Brunswick⁹. Ces lois sont écrites comme accordant des droits individuels spécifiques et non des droits collectifs; le droit collectif étant considéré comme un droit politique.

Au Nouveau-Brunswick, seule province bilingue au Canada, le cheminement des droits est particulièrement révélateur. Les conflits sont fort anciens. Ils datent de l'application du *Parliamentary Test Act* de 1678 et du *Conventicle Act* de 1664, deux lois britanniques dites antipapistes qui ont pour effet de priver les catholiques francophones de leurs droits civiques¹⁰. Après la déportation de 1755

⁴ *Bilodeau c P.G. (Man.)*, [1986] 1 RCS 449, 27 DLR (4^e) 39; *MacDonald c Ville de Montréal*, [1986] 1 RCS 460, 27 DLR (4^e) 321 [*MacDonald*] et *Société des Acadiens c Association of Parents*, [1986] 1 RCS 549, 27 DLR (4^e) 406.

⁵ Voir *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, ann II, n° 5, art 133 qui prévoit seulement des garanties linguistiques au palier fédéral et au Québec.

⁶ *Ibid*, art 93. Voir également Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, *Les constitutions du Canada et du Québec (du régime français à nos jours)*, Montréal, Éditions Thémis, 1992 aux pp 163-64.

⁷ *RC Separate School Trustees c Mackell*, [1917] AC 62, 32 DLR 1 (CP).

⁸ Voir Joseph Eliot Magnet, « Les écoles et la Constitution » (1983) 24:1 C. de D. 145 à la p 147, n 7 : « Public Schools Act, 40 Vict., c. 1 (Î.-P.-É.); Public Schools Act, S.B.C. 1958, c. 42, art. 62; Common Schools Act (1871), 34 Vict., c. 21 (N.-B.); An Act Respecting the Department of Education, S.M. 1890, c. 37; An Act Respecting Public Schools, S.M 1890, c. 38; Circular of Instructions pursuant to the Common Schools Act (1859), 22 Vict., c. 64, art. 119 et le Separate Schools Act (1863), 26 Vict., c. 5, art.26 (Ont.). La circulaire est parue dans 32 O.L.R. 252-4 »; et le *Act to Provide that the English Language shall be the Official Language of the Province of Manitoba*, 1890 (Man), c 14.

⁹ *Loi sur les langues officielles*, LC 1969, c 54; *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, LNB 1969, c 14.

¹⁰ Voir F. W. Maitland, *The Constitutional History of England*, Cambridge, 1963 à la p 338.

et le retour des acadiens en 1763, des lois très répressives seront adoptées et maintenues jusqu'en 1784. Une loi de 1759 éteint les droits de propriété des acadiens. Le régime s'estompe tranquillement à partir de 1783. Le Nouveau-Brunswick est créé en 1784. Les acadiens obtiennent le droit de vote en 1810, le droit de tenir des charges publiques en 1829, et le droit de se marier entre catholiques en 1834¹¹. Dès 1802, les écoles françaises ne sont pas tolérées parce que catholiques; en 1816 la loi proscriit nommément l'enseignement en français. En 1875, le gouvernement accepte un compromis sur l'enseignement en français en marge de la loi scolaire. Ceci est concrétisé dans un règlement en 1928 et un amendement législatif en 1947. La vraie réforme linguistique surviendra à partir de 1963. Il faudra attendre 1979 pour obtenir des conseils scolaires francophones malgré la *Loi sur les langues officielle du Nouveau-Brunswick* de 1969, qui prendra huit ans à être promulguée en entier, faut-il dire. Cette loi sera révisée en 2002¹². En 1981, le Nouveau-Brunswick adoptera la *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*¹³, dont certains éléments seront constitutionnalisés en 1993 :

La communauté linguistique française et la communauté linguistique anglaise du Nouveau-Brunswick ont un statut et des droits et privilèges égaux, notamment le droit à des institutions d'enseignement distinctes et aux institutions culturelles distinctes nécessaires à leur protection et à leur promotion¹⁴.

De fait, le sort des minorités francophones provinciales et territoriales ne sera changé qu'avec l'avènement, en 1982, de la *Charte canadienne des droits et libertés*, laquelle établit le droit à l'instruction dans la langue de la minorité provinciale dans tout le Canada et augmente les obligations au bilinguisme du gouvernement fédéral et de celui du Nouveau-Brunswick¹⁵. Si les droits linguistiques les plus importants sont inscrits dans la Constitution, est-ce à dire qu'il y a eu un changement fondamental d'orientation et que le Canada a reconnu un droit collectif au maintien de la culture minoritaire, un droit qui a son assise principale dans le droit à l'éducation dans des classes et des écoles homogènes gérées par les représentants de la minorité linguistique? On peut en douter d'une part parce que

¹¹ Voir Jacques Vanderlinden, *Se marier en Acadie française : XVII^e et XVIII^e siècles*, Moncton, (N.-B.), Éditions d'Acadie, 1998.

¹² *Loi sur les langues officielles*, LNB 2002, c O-0.5.

¹³ LRNB 2011, c 198.

¹⁴ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituent l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11, art 16.1 [*Charte*].

¹⁵ *Ibid*, art 16-23. Voir également Pierre Foucher, « Les Articles 16 à 22 de la Charte » (2013) 62 Sup Ct L Rev (2d) 379 et Michel Doucet, « L'Article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés » (2013) 62 Sup Ct L Rev (2d) 421.

l'adoption de ces dispositions fait suite à un conflit constitutionnel avec le Québec et prend les airs d'un autre compromis politique, d'autre part parce que les provinces n'ont pas consenti à mettre en œuvre les nouveaux droits consentis sans y être forcés par les tribunaux¹⁶. Ce sont de fait les tribunaux qui dans leurs jugements ont inscrit le fondement moral des droits et affirmé le devoir des gouvernements de promouvoir la diversité culturelle et le maintien des minorités de langues officielles. Par exemple, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), la Cour suprême du Canada a conclu que les droits linguistiques doivent être interprétés de sorte à favoriser « l'épanouissement et la préservation de la minorité linguistique francophone dans la province »¹⁷.

Le gouvernement fédéral a par la suite modifié sa *Loi sur les langues officielles* et inscrit l'obligation de promotion alors que le Québec adoptait un régime linguistique très protecteur des droits et privilèges de la majorité linguistique pour protéger celle-ci contre les forces assimilatrices dans le contexte nord-américain¹⁸. Il semble donc bien clair que les gouvernements n'ont pas volontairement adopté une philosophie aux termes de laquelle on favoriserait le droit à l'expression (le droit d'utiliser sa langue pour affirmer et développer son identité et de la transmettre) chez la minorité linguistique pour faciliter sa participation aux affaires publiques et à l'économie.

La situation au Canada est paradoxale en ce sens que le discours juridique n'est souvent pas compatible avec le discours politique; force nous est de constater aussi que parfois le discours politique rejoint le discours juridique, mais que les actions gouvernementales ne semblent pas suivre. C'est dire qu'il y a toujours un écart entre l'égalité juridique formelle et l'égalité réelle. Reste qu'il y a une renaissance du fait français et que de plus en plus de minoritaires croient à la possibilité de prendre leur place dans la société sans renoncer à leur langue et leur culture¹⁹.

La judiciarisation de grands enjeux sociaux a été avantageuse pour les minorités linguistiques. Ceci a provoqué des réactions chez une partie de la population qui

¹⁶ Voir notamment *Mahé c Alberta*, [1990] 1 RCS 342, 68 DLR (4^e) 69 et *Arsenault-Cameron c Île-du-Prince Édouard*, 2000 CSC 1, [2000] 1 RCS 3.

¹⁷ [1993] 1 RCS 839 à la p 850, 100 DLR (4^e) 723.

¹⁸ Voir, par exemple, Daniel Proulx, « La Loi 101, la clause-Québec et la Charte canadienne devant la Cour suprême : un cas d'espèce? » (1985) 16 RGJ 167.

¹⁹ Rodrigue Landry, « Autonomie culturelle et vitalité des communautés de langue officielle en situation minoritaire » (2009) 11 RCLF 19.

s'inquiète de la montée en pouvoir des juges²⁰, mais, en général, la population est satisfaite du nouvel ordre social et préfère une protection judiciaire contre les excès de l'administration publique. Est-ce que les normes et valeurs qui justifient le changement actuel signalent un véritable changement vis à vis les droits linguistiques? Et qu'en est-il dans ce contexte du multiculturalisme qui est en train de transformer la société canadienne? Au fond tout cela est une question de légitimité²¹. Aujourd'hui, la valeur symbolique de la *Charte*, l'importance incontestable des principes fondamentaux du droit et de la culture des droits a imprégné tout exercice d'interprétation statutaire.

Ce qui est très significatif c'est que la protection des minorités linguistiques qui a trouvé place dans la *Charte canadienne des droits et libertés* a trouvé un nouvel appui dans la décision de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*²². Dans cet avis constitutionnel, la Cour affirme que la protection des minorités est un principe non écrit de la Constitution, une affirmation qui aurait le potentiel de changer les mentalités et de favoriser l'avènement d'une nouvelle culture politique²³. Nous sommes dans une situation unique. Il est certain que le conflit Québec/Canada est au cœur des développements, mais il est aussi certain que nous ne sommes pas en train de lutter contre des mouvements sécessionnistes hors Québec. Les francophones hors Québec sont en quelque sorte les pions dans un jeu où ils ne sont pas les acteurs principaux. Malgré les nouvelles lois et les interprétations libérales de celles-ci par les tribunaux, les minorités sont encore victimes d'un sentiment d'insécurité. Les attentes et attitudes des groupes linguistiques n'ont pas changé de façon fondamentale.

II – L'INTÉGRATION SOCIALE

Le régime fédéral doit et tente en fait de mettre l'accent sur la sécurité culturelle et l'intégration sociale des minorités linguistiques. Le problème n'est pas le résultat de prohibitions de l'utilisation de la langue minoritaire, mais de conditions sociales qui rendent l'égalité des chances illusoire pour qui ne veut pas employer la langue majoritaire. C'est d'ailleurs ce même problème qui explique le

²⁰ Joseph Yvon Thériault, « Les langues méritent-elles une protection législative et constitutionnelle? » (2009) 11 RCLF 45.

²¹ Rodrigue Landry, « Légitimité et devenir en situation linguistique minoritaire » (2015) 5 Minorités linguistiques et société / Linguistic Minorities and Society 58.

²² [1998] 2 RCS 217, 161 DLR (4^e) 385 [*Renvoi relatif à la sécession*].

²³ Marc Cousineau, « Le Renvoi sur la sécession du Québec : la résurrection des droits linguistiques au Québec » (1999) 11 RNDC 147.

fait que plusieurs membres de la minorité se croient obligés de favoriser l'école du système scolaire majoritaire même si dans les faits, il a été démontré que le francophone qui fait son éducation en français a un rendement équivalent ou parfois supérieur dans les cours d'anglais à celui qui s'intègre au réseau majoritaire²⁴.

Il faut constater une évolution dans la reconnaissance des droits eux-mêmes. On a commencé par la reconnaissance de l'égalité des langues indépendamment des locuteurs. Cette thèse réductrice a permis de décider que le droit d'employer le français ou l'anglais devant un tribunal était un droit reconnu non seulement au justiciable, mais au juge, aux procureurs, aux greffiers, enfin à tous les participants au processus judiciaire²⁵. Elle a permis de conclure que le droit d'utiliser la langue ne comprenait pas le droit d'être compris²⁶. On s'est défait de cette vision des choses pour reconnaître l'égalité des locuteurs, notamment le droit de choisir l'une ou l'autre langue sans être désavantagé en raison de son choix²⁷. Plus récemment, la Cour suprême du Canada a reconnu que le droit au procès dans la langue de son choix est collectif et qu'il comprend l'obligation pour le gouvernement de fournir une structure institutionnelle d'accueil pour les locuteurs des deux langues et non un simple accommodement pour chacun²⁸. Il y a donc passage de l'obligation de ne pas nuire à l'obligation d'agir. Pour les membres de la minorité, le sens profond des droits constitutionnels est clair; il y a deux communautés linguistiques à desservir et un objectif fondamental, celui de l'égalité réelle.

Pour répondre à la question initiale, je dois me référer à l'histoire ancienne et récente. Je ne crois pas que l'on voit au Canada les droits linguistiques comme des droits humains fondamentaux, même si la Cour suprême du Canada affirme que la protection des minorités est un principe non écrit de la Constitution²⁹. Cela dit, je crois que l'on accepte que les droits garantis par la Constitution sont des

²⁴ Voir notamment Rodrigue Landry, « Le présent et l'avenir des nouvelles générations d'apprenants dans nos écoles françaises » (1995) *Éducation et Francophonie* 13; Rodrigue Landry et Réal Allard, « L'exogamie et le maintien de deux langues et de deux cultures : le rôle de la francité familio-scolaire » (1997) 23 *Revue des sciences de l'éducation* 561; Rodrigue Landry et Réal Allard, « Langue de la scolarisation et développement bilingue : le cas des acadiens de la Nouvelle-Écosse » (2000) 5 *DiversitéLangues*.

²⁵ *MacDonald*, *supra* note 4 au para 61.

²⁶ *Société des Acadiens*, *supra* note 4.

²⁷ Voir notamment la *Loi sur les langues officielles*, LRC 1985, c 31 (4^e suppl), art 15(1) : « Il incombe aux tribunaux fédéraux de veiller à ce que tout témoin qui comparait devant eux puisse être entendu dans la langue officielle de son choix sans subir de préjudice du fait qu'il ne s'exprime pas dans l'autre langue officielle ».

²⁸ *R c Beaulac*, [1999] 1 RCS 768, 173 DLR (4^e) 193.

²⁹ *Renvoi relatif à la sécession*, *supra* note 22.

droits fondamentaux même si leur objet est simplement la protection des minorités linguistiques³⁰. Tranquillement, on semble se faire à l'idée que le droit linguistique vise la sécurité culturelle et le respect de la dignité des personnes et leur droit à l'expression³¹. En ce sens, on favorise maintenant l'objectif d'intégration, mais il semble y avoir chez la majorité une crainte persistante que la revendication pour des services va se transformer en revendication pour une certaine autonomie, laquelle trouve forme maintenant dans le droit à des écoles, des média, des hôpitaux... l'autonomie pourrait signifier le droit à la gestion de certains services publics ou à leur réorganisation³². Les développements récents montrent en tout cas que le statut des minorités n'est plus le même. Au plan politique, on sait que le discours a donné lieu à une demande pour un statut particulier pour le Québec ou encore l'affirmation constitutionnelle du fait que le Québec constitue une société distincte³³. En pratique, on en est encore au point d'établir dans la loi des protections spécifiques pour les minorités linguistiques là où les forces politiques le requièrent. Est-ce que ces protections signifient que l'on voit les langues comme un actif culturel à préserver ou comme une nécessité politique? Le progrès se voit dans la tendance actuelle de favoriser l'utilisation des deux langues officielles, sauf au Québec où il semble que la *Charte de la*

³⁰ Voir notamment *Canada (Procureur général) c Viola* (CAF), [1991] 1 CF 373, 123 NR 83 et *Solski (Tuteur de) c Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 RCS 201.

³¹ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 RCS 721 à la p 744, 19 DLR (4^e) 1 et *Ford c Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 712 aux pp 748-49, 54 DLR (4^e) 577 [Ford].

³² Voir généralement Pierre Foucher, « Autonomie des communautés francophones minoritaires du Canada : le point de vue du droit » (2012) 1 *Minorités linguistiques et société / Linguistic Minorities and Society* 90.

³³ Voir Brian O'Neal, « La société distincte : origine, interprétations, implications » (1995) *Parlement du Canada* : « le premier ministre Chrétien a déposé, devant la Chambre des communes, le 28 novembre, une motion dans laquelle est affirmée la reconnaissance du Québec comme société distincte et il est proposé que :

Attendu que le peuple du Québec a exprimé le désir de voir reconnaître la société distincte qu'il forme,

- 1) la Chambre reconnaît que le Québec forme au sein du Canada une société distincte;
- 2) la Chambre reconnaît que la société distincte comprend notamment une majorité d'expression française, une culture qui est unique et une tradition de droit civil;
- 3) la Chambre s'engage à se laisser guider par cette réalité;
- 4) la Chambre incite tous les organismes du pouvoir législatif et exécutif du gouvernement à prendre note de cette reconnaissance et à se comporter en conséquence ».

Voir également le Hansard révisé, numéro 087 de la 39^e Législature, 1^{re} session, 27 novembre 2006 : « Que cette Chambre reconnaisse que les Québécoises et les Québécois forment une nation au sein d'un Canada uni ».

langue française soit pour la minorité un instrument de lutte contre la discrimination³⁴.

On peut se demander si la judiciarisation de la question linguistique et en particulier la décision d'en faire une question constitutionnelle est une bonne chose dans le contexte socio-politique actuel. Il me semble que la réponse doit être positive parce que nous savons de façon certaine que l'assimilation linguistique aurait accéléré sans l'essor des écoles françaises hors Québec et que l'isolement de la minorité linguistique était incompatible avec les valeurs canadiennes en ce qui concerne les droits humains et le respect des minorités en général. Il semble que les décisions de la Cour suprême du Canada aient éduqué la population et montré que les gestes positifs ont de fait des effets bénéfiques sur la société canadienne. Malheureusement, plusieurs gouvernements continuent de bouter le développement initié par les tribunaux. Peut-être le changement dans les attitudes ne sera-t-il possible qu'au moment où les gouvernements cesseront de voir les revendications linguistiques comme des revendications politiques et jugeront qu'elles sont un phénomène social de nature culturelle.

Une autre crainte mérite d'être signalée; il s'agit de la tendance à engouffrer tout ceci dans la question de la diversité culturelle et linguistique dans une société d'immigration. De fait, il y a une différence fondamentale entre la diversité culturelle et le respect de deux langues officielles, mais la notion de minorités historiques peut facilement perdre son sens à qui n'est pas conscient de l'importance de l'histoire dans le développement d'un pays. Il reste que la mobilité sociale et l'acculturation rendent les choses difficiles pour les membres de la minorité linguistique.

CONCLUSION

La situation a bien changé au Canada depuis 1982 et nous avons maintenant un cadre juridique très fort pour restreindre les gouvernements et, de fait, leur forcer la main dans certaines juridictions. L'égalité ne peut pas être réalisée par des moyens juridiques toutefois; il faut des moyens financiers, de fait un engagement des gouvernements au plan politique. Il n'y a plus de contestation sérieuse de la légitimité des actions favorables au bilinguisme effectif, et cela constitue un progrès sérieux. Cependant, le succès est encore incertain.

³⁴ Voir notamment *Ford*, *supra* note 31; *Devine c Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 790, 55 DLR (4^e) 641 et plus récemment l'arrêt *Nguyen c Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2009 CSC 47, [2009] 3 RCS 208.

Blogue sur les droits linguistiques

www.droitslinguistiques.ca/blogue

Il convient de noter que les textes présentés dans cette section n'ont pas été évalués par les pairs. Nous les reproduisons ici afin de faciliter la façon dont on s'y réfère ainsi que pour en assurer la pérennité.

L'article 16.1 de *Charte Canadienne des droits et libertés*: le droit à l'égalité des communautés linguistiques

Michel Doucet*

En 1993, à la suite des pressions de la communauté francophone du Nouveau-Brunswick et du référendum sur l'accord de Charlottetown¹, l'article 16.1 a été ajouté à la *Charte canadienne des droits et libertés* par le processus de modification bilatéral que prévoit l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*². Bien que l'alinéa 41c) de la *Loi constitutionnelle de 1982* exige l'accord unanime des gouvernements fédéral et provinciaux pour toute modification constitutionnelle concernant l'usage du français ou de l'anglais dans les institutions fédérales, l'alinéa 43b), quant à lui, exige seulement le consentement du Parlement et celui de la législature de la province en question pour la modification des dispositions « relatives à l'usage du français ou de l'anglais dans une province »³.

En décidant d'inscrire le principe de l'égalité des communautés linguistiques officielles dans la *Charte*, l'élevant par le fait même au rang de principe juridique fondamental de la province, le législateur néo-brunswickois s'engageait, de façon non équivoque, à établir l'égalité des communautés linguistiques officielles dans la province. Cette disposition, unique au Nouveau-Brunswick, réaffirme et concrétise l'engagement que le législateur de cette province avait pris en 1981⁴ en adoptant la *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*⁵. Le contenu du droit conféré par l'article 16.1 se résume en

* Professeur titulaire et directeur de l'Observatoire international des droits linguistiques, Faculté de droit, Université de Moncton, Canada.

¹ Voir M. Doucet, *Le discours confisqué*, Éditions d'Acadie aux pp 162-220.

² *Modification constitutionnelle de 1993 (Nouveau-Brunswick)*, entrée en vigueur le 12 mars 1993, SI/93-54.

³ Nous tenons, cependant, à préciser que toute tentative du gouvernement provincial d'utiliser cette disposition pour réduire les droits linguistiques de la communauté minoritaire serait contraire aux principes de l'égalité réelle et de la progression vers l'égalité, principes inhérents à ces droits. La proposition de réduire ou abolir ces droits serait donc, à notre avis, inconstitutionnelle.

⁴ Voir Journal des débats de l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick, session de 1992, le 4 décembre 1992 aux pp 4708-4721.

⁵ LN-B 1981, c O-1.1.

trois temps. Premièrement, l'article garantit l'égalité de statut, des droits et des privilèges des communautés francophone et anglophone. Deuxièmement, il précise que cette égalité implique, notamment, le droit à des « institutions d'enseignement distinctes et à des institutions culturelles distinctes nécessaires à leur protection et à leur promotion ». Troisièmement, l'article 16.1 confirme l'engagement et la responsabilité du gouvernement du Nouveau-Brunswick à l'égard de la protection et de la promotion de l'égalité de statut, des droits et des privilèges des deux communautés linguistiques.

Pour certains, la nature collective et communautaire de l'article 16.1 de la *Charte* fait en sorte que son application ne peut survenir que dans des circonstances très spécifiques. Ils soutiennent qu'un individu ne peut pas simplement prétendre agir au nom d'une communauté linguistique. Seuls ceux qui auraient obtenu un mandat clair de l'ensemble de la communauté pourraient prétendre agir à ce titre. Ils ajoutent que le paragraphe 16.1(2) remet exclusivement à la législature et au gouvernement du Nouveau-Brunswick le rôle de protéger et de promouvoir le statut, les droits et les privilèges des deux communautés linguistiques officielles. Par conséquent, seuls les élus provinciaux peuvent prétendre agir pour l'ensemble de la communauté et puisque le paragraphe 16.1(2) attribut un rôle spécifique à l'Assemblée législative et au gouvernement provincial, tout « droit » que peut conférer l'article 16.1 ne peut-être justiciable des tribunaux et doit s'exercer uniquement dans la sphère politique⁶.

Cette interprétation de l'article 16.1 nous ramène à l'interprétation restrictive des droits linguistiques privilégiée par la trilogie de 1986⁷. Bien que nous reconnaissons que cette vision des droits linguistiques prévalait à l'époque de la modification constitutionnelle en 1993 et qu'elle puisse avoir influencée la décision d'inscrire le principe de l'égalité des communautés linguistiques dans la

⁶ C'est une position qui a été défendue par le Procureur général du Nouveau-Brunswick dans de nombreuses affaires. Voir, entre autres, le Mémoire préparatoire de l'intimé (Ministre de la Santé et du Mieux-être) pour l'audience d'une motion dans le dossier B/M/52/04, le 5 octobre 2004, dans le dossier *Caraquet (Ville) c Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et du Mieux-être)*.

⁷ Le 1^{er} mai 1986, la Cour suprême du Canada rendait trois décisions, *MacDonald c Montréal (Ville de)*, [1986] 1 RCS 460, *Bilodeau c Manitoba (Procureur Général)*, [1986] 1 RCS 449, et, *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. C. Assn. of Parents for Fairness in Education Grand Falls District 50 Branch*, [1986] 1 RCS 549, dans lesquelles elle émettait l'opinion que les tribunaux devaient faire preuve de retenue dans l'interprétation des garanties linguistiques, puisque ces garanties tirent leur origine d'un compromis politique. Cette interprétation restrictive des garanties linguistiques sera plus tard rejetée par la Cour suprême dans l'affaire *R c Beaulac*, [1999] 1 RCS 768. Toutefois, malgré son décès, cette trilogie continue encore à hanter d'outre-tombe les salles de certains tribunaux et les officines de certains bureaux de Procureurs-généraux.

*Charte*⁸, une telle interprétation est aujourd'hui intenable à la lumière de l'évolution des droits linguistiques, de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Beaulac* et de celle de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans l'arrêt *Charlebois*⁹. D'ailleurs, la Cour d'appel, dans l'arrêt *Charlebois*, a notamment indiqué que l'article 16.1, comme tous les autres droits linguistiques protégés par la *Charte*, possède un caractère réparateur et impose des obligations positives à l'État. L'article 16.1 n'est donc pas une disposition sans fondement; il véhicule un droit substantiel qui exige une mise en œuvre concrète :

Cette disposition vise à maintenir les deux langues officielles, ainsi que les cultures qu'elles représentent, et à favoriser l'épanouissement et le développement des deux communautés linguistiques officielles. Elle est de nature réparatrice et entraîne des conséquences concrètes. Elle impose au gouvernement provincial l'obligation de prendre des mesures positives destinées à assurer que la communauté de langue officielle minoritaire ait un statut et des droits et privilèges égaux à ceux de la communauté de langue officielle majoritaire. L'obligation imposée au gouvernement découle à la fois de la nature réparatrice du par. 16.1(1), compte tenu des inégalités passées qui n'ont pas été redressées, et de l'engagement constitutionnel du gouvernement de protéger et de promouvoir l'égalité des communautés linguistiques officielles¹⁰.

De plus, l'article 16.1 met en œuvre le principe de l'égalité réelle :

Le principe de l'égalité des deux communautés linguistiques est une notion dynamique. Elle implique une intervention du gouvernement provincial qui exige comme mesure minimale l'égalité de traitement des deux communautés, mais, dans certaines circonstances où cela s'avérerait nécessaire pour atteindre l'égalité, un traitement différent en faveur d'une minorité linguistique afin de réaliser la dimension collective autant qu'individuelle d'une

⁸ Voir, entre autres, la position du premier-ministre McKenna, telle que rapportée dans D. Richardson, « Language Proposal Has Safeguards », *Telegraph Journal*, le 9 avril 1992. Le premier ministre McKenna soulignait dans cet article que l'intention du gouvernement, en proposant l'enchâssement de cette disposition, était de protéger le *statu quo* et qu'il n'était aucunement question d'utiliser cette nouvelle disposition pour permettre l'évolution judiciaire des droits des communautés linguistiques. Cette position s'harmonisait parfaitement avec celle de la trilogie de 1986. Voir Doucet, *Le discours confisqué*, *supra* note 1 aux pp 205-07.

⁹ *Charlebois c Moncton*, 2001 NBCA 117, 242 RN-B (2^e) 259.

¹⁰ *Ibid* au para 80.

réelle égalité de statut. Cette dernière exigence s’inspire du fondement même du principe de l’égalité [nous soulignons]¹¹.

À la lumière de ces précisions, il est clair que l’objet de l’article 16.1 est similaire à ceux des autres droits linguistiques constitutionnels. Il s’agit d’un droit positif et réparateur qui vise l’égalité réelle.

Par ailleurs, le paragraphe 16.1(2) de la *Charte* prévoit explicitement que c’est « [le] rôle de la législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick de protéger et de promouvoir » le statut, les droits et les privilèges égaux des deux communautés linguistiques officielles. En vertu de cette disposition, le gouvernement provincial a l’obligation d’intervenir de façon positive pour assurer le respect et l’application réelle de ces garanties linguistiques.

[L’article 16.1] comporte, à l’instar de l’art. 23 de la *Charte*, une dimension collective et impose au gouvernement l’obligation d’intervenir de façon positive pour assurer le respect et l’application réelle de ces garanties linguistiques. En outre, l’art. 3 de la *Loi reconnaissant l’égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*, dont les principes ont été enchâssés à l’art. 16.1 de la *Charte*, est plus explicite quant à l’engagement du gouvernement et énonce que le gouvernement « dans les mesures législatives qu’il propose, dans la répartition des ressources publiques et dans ses politiques et programmes, encourage, par des mesures positives, le développement culturel, économique, éducationnel et social des communautés linguistiques officielles ».

Cette disposition confirme, sur le plan législatif, l’obligation positive d’agir pour le gouvernement provincial. Par ses engagements législatifs et constitutionnels, le Nouveau-Brunswick a accepté qu’il est de son devoir de prendre toutes les mesures favorables au maintien et au développement des communautés de langue officielle. Il reconnaît ainsi que les deux langues et les deux cultures véhiculées par ces communautés constituent l’héritage commun de tous les néo-brunswickois et qu’elles doivent trouver un climat propice à leur développement¹².

Ainsi, l’article 15 de la *Charte*, qui traite du droit à l’égalité, n’est pas la seule disposition pouvant être invoquée pour exiger des mesures positives de la part du

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid* aux para 115-16.

gouvernement¹³. L'égalité, telle qu'elle est envisagée à l'article 16.1 et telle qu'elle est interprétée par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, impose au gouvernement provincial l'obligation positive d'œuvrer à l'avancement de l'égalité des communautés linguistiques officielles.

Certains soutiennent également que l'article 16.1 ne viserait que les institutions d'enseignement et les institutions culturelles. Ainsi, la disposition ne pourrait pas, par exemple, protéger les institutions de soins de santé. Les tenants de cette interprétation ne tiennent, cependant, pas compte de l'utilisation, dans la disposition, du terme « notamment ». En employant le terme « notamment », le législateur n'a mentionné les institutions d'enseignement et culturelles qu'à titre d'exemple. Le terme *notamment* est défini comme suit : « d'une manière qui mérite d'être notée (pour attirer l'attention sur un ou plusieurs objets particuliers faisant partie d'un ensemble précédemment désigné ou sous-entendu) »¹⁴. Il y a deux volets à cette définition. Dans un premier temps, le terme *notamment* est employé pour attirer l'attention sur quelque chose qui mérite d'être noté. Cette employe de *notamment* se traduit en anglais par *especially* ou *particularly*¹⁵. Dans un deuxième temps, le terme *notamment* est employé pour attirer l'attention sur un ou plusieurs objets qui font parties d'un ensemble précédemment désigné. Cette employe de *notamment* se traduit en anglais par *including*¹⁶. Voilà pourquoi la version anglaise de l'article 16.1 emploi, à juste titre, le terme *including* avant d'énoncer les institutions d'enseignement et culturelles nécessaires à la protection et à la promotion des communautés linguistiques française et anglaise du Nouveau-Brunswick. L'énumération des institutions au paragraphe 16.1(1) n'est donc pas limitative et elle pourrait inclure d'autres institutions¹⁷ qui seraient nécessaires à la protection et à la promotion de l'égalité des communautés linguistiques¹⁸.

¹³ *Dunmore c Ontario (P.G.)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 RCS 1016.

¹⁴ Le Nouveau Petit Robert, s.v. « notamment ».

¹⁵ Wordreference.com, s.v. « notamment ».

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Nous nous référons, notamment, aux institutions de la santé comme ceux dans la décision *Lalonde c Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 OR (3^e) 505, 208 DLR (4^e) 577 au para 71 où la Cour d'appel a statué que l'hôpital Montfort avait un rôle institutionnel plus large que la prestation des services de soins de santé. En plus de remplir la fonction pratique et supplémentaire de dispenser la formation médicale, le rôle institutionnel plus large de Monfort comprend notamment celui de maintenir la langue française, de transmettre la culture francophone et de favoriser la solidarité au sein de la minorité franco-ontarienne.

¹⁸ Cette interprétation rejoint celle du ministre de la Justice Edmond Blanchard, qui, en 1992, dans une entrevue contradictoire de celle du premier ministre McKenna (voir *supra* note 7), affirmait : « Ce document [art. 16.1] pourra évoluer avec le temps. Qui sait ce dont les Acadiens et Acadiennes auront besoin dans 50 ans? Si le texte était tellement restrictif qu'il ne

Seul l'avenir nous dira de quelle façon l'article 16.1 sera interprété. Visera-t-il le maintien du *statu quo* ou favorisera-t-il le développement et l'épanouissement de la communauté minoritaire? Sera-t-il uniquement déclaratoire ou porteur de droits? Pour l'instant, la décision de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans *Charlebois* laisse entrevoir que cette disposition confère un droit susceptible de recevoir, dans l'esprit de l'arrêt *Beaulac*, une interprétation large et généreuse, favorisant le développement et l'épanouissement des communautés linguistiques dont, notamment, la communauté minoritaire.

permettait pas aux tribunaux d'élargir l'interprétation, nous n'aurions pas fait notre travail ». Voir P. Gagnon, « Le libellé de la loi 88 sera enchâssé », *L'Acadie Nouvelle*, le 24 août 1992.

**Qui possède la qualité pour agir en vertu de l'article 23 de la
Charte canadienne des droits et libertés?**

Michel Doucet, c.r.*

La poursuite relative au dossier de l'enveloppe égalitaire que l'Association des enseignants et enseignantes francophones du Nouveau-Brunswick a récemment entamée contre le gouvernement provincial soulève la question de savoir qui a la qualité pour agir dans une poursuite en vertu de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L'article 23 prévoit le droit, pour les parents appartenant à une minorité linguistique de langue officielle dans la province et les territoires où ils résident, de faire instruire leurs enfants dans cette langue aux niveaux primaire et secondaire. Pour obtenir ce droit, les parents doivent prouver qu'ils appartiennent à l'une des trois catégories de titulaires prévues par l'article. La première catégorie comprend les personnes dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province ou du territoire. La deuxième catégorie concerne les parents qui ont reçu, au Canada, leur instruction primaire dans la langue de la minorité de la province où ils résident. Enfin, la troisième catégorie prévue par le paragraphe 23(2) de la *Charte* dépend de la langue d'instruction de l'enfant.

Les droits conférés par l'article 23 sont donc accordés à des individus, c'est-à-dire aux parents qui répondent à l'un ou l'autre des critères énoncés ci-dessus. On qualifie généralement ces personnes d'ayants droit. Ces ayants droit ont un intérêt direct pour agir et ils peuvent donc exercer les droits reconnus à cet article. Or, bien que l'article 23 soit conçu comme un droit individuel, les tribunaux ont rapidement reconnu les conséquences collectives de cette disposition. En effet, bien que les parents puissent exercer ce droit individuellement, la communauté minoritaire dans son ensemble en demeure la bénéficiaire ultime. La question se pose donc à savoir si un groupe peut agir au nom des ayants droit?

Dans plusieurs décisions, la Cour suprême du Canada a reconnu que les ayants droit ou leurs représentants avaient la capacité pour agir en vertu de l'article 23.

* Professeur titulaire et directeur de l'Observatoire international des droits linguistiques.

Dans le cas du Nouveau-Brunswick, les représentants des ayants droit sont les trois Conseils d'éducation de district francophones établies selon les modalités de la *Loi sur l'éducation*, LN-B 1997, c E-1.12. Il ne fait donc aucun doute que les trois Conseils d'éducation de district francophones du Nouveau-Brunswick, à titre de représentants des ayants droit, possèdent la qualité pour agir dans un litige fondé sur l'article 23.

Selon l'information transmise par les médias, les groupes qui agissent en tant que demandeur dans la poursuite intentée par l'AEFNB sont l'Association des parents francophones du Nouveau-Brunswick, la Fédération des jeunes francophones du Nouveau-Brunswick et, évidemment, l'AEFNB elle-même¹. Or, pour avoir le droit d'intenter une poursuite, une partie doit montrer qu'elle a un intérêt personnel à protéger ou encore qu'elle entend agir dans l'intérêt public.

Une partie a un intérêt personnel pour agir lorsqu'elle peut prouver qu'elle sera directement affectée par le résultat du litige. En l'espèce, il est peu probable qu'au moins deux des associations identifiées réussissent à rencontrer ce critère. Elles ne sont pas des ayants droit selon la définition donnée à ce terme par l'article 23, et elles ne sont pas des représentants des ayants droit selon la loi, privilège qui, comme nous l'avons vu, revient aux Conseils d'éducation de district. Il se peut fort bien qu'elles aient un intérêt indirect, mais cela n'est pas suffisant. L'AEFNB, par exemple, se définit sur son site Web comme une association professionnelle d'enseignantes et d'enseignants francophones œuvrant au sein du système scolaire public au Nouveau-Brunswick. Elle est régie par la *Loi relative à la Fédération des enseignants du Nouveau-Brunswick, The New Brunswick Teachers' Association et l'Association des enseignantes et des enseignants francophones du Nouveau-Brunswick*, une loi d'intérêt privé. Elle représente les enseignantes et les enseignants de M-12 ainsi que les enseignantes et les enseignants suppléants. Bien qu'elle ait certainement un intérêt pour l'enseignement en français et sur les questions d'éducation en générale, il est impossible de conclure qu'en tant qu'association, elle ait un intérêt direct dans les questions que soulève l'article 23. Comme nous l'avons déjà indiqué, elle n'est ni un ayant droit, ni une représentante d'ayants droit, condition fondamentale pour pouvoir invoquer l'article 23. Cette conclusion s'applique également à la Fédération des jeunes francophones du Nouveau-Brunswick.

La situation est un peu plus compliquée en ce qui concerne l'Association des parents francophones du Nouveau-Brunswick. Nous pourrions facilement conclure que l'Association, puisqu'elle regroupe des associations d'ayants droit et

¹ S'ajouteraient également à ces groupes un conseil d'éducation de district, le Conseil d'éducation du district scolaire francophone Sud, et au moins un parent.

des ayants droits provenant de différentes régions de la province, a un intérêt direct pour agir dans une poursuite fondée sur l'article 23. Toutefois, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans l'arrêt *Fédération des parents francophones du Colombie-Britannique c. British Columbia (AG)*, 2012 BCCA 422, en est arrivée à une conclusion contraire lorsqu'elle a considéré la structure particulière de l'Association des parents de la Colombie-Britannique. Quoiqu'il en soit, nous croyons qu'il existe suffisamment de différences entre les structures de l'Association du Nouveau-Brunswick et celle de la Colombie-Britannique pour soutenir l'argument que la première est véritablement une représentante des ayants droit et qu'elle possède la qualité pour agir en raison d'un intérêt direct qu'elle possède dans l'issu du litige.

Puisque nous avons conclu que l'AEFNB et la FJFNB n'avaient pas la qualité directe pour agir en vertu de l'article 23, nous pouvons maintenant nous poser la question à savoir si elles ont la qualité pour agir en vertu de l'intérêt public? La Cour suprême du Canada a conclu, dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 RCS 236, qu'il fallait, pour répondre à cette question, tenir compte de trois aspects : 1) la question de l'invalidité de la loi ou de la décision en question se pose-t-elle sérieusement? 2) a-t-on démontré que le demandeur est directement touché par la loi ou la décision ou qu'il a un intérêt véritable à l'égard de sa validité? 3) y a-t-il une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour? Cette troisième question est celle qui soulève un sérieux obstacle en qui ce concerne la reconnaissance de la qualité pour agir de l'AEFNB et de la FJFNB. On doit se rappeler que l'objet fondamental de la reconnaissance de la qualité pour agir en vertu de l'intérêt public est de garantir qu'une loi ou qu'une décision gouvernementale ne soit pas à l'abri de la contestation judiciaire. En l'espèce, la décision du ministre Rousselle en ce qui concerne l'enveloppe égalitaire ne l'est pas puisque s'ils le désiraient des ayants droit ou leurs représentants pourraient contester cette décision. En conséquence, le motif qui justifie la reconnaissance, à une partie, de la qualité pour agir en vertu de l'intérêt public disparaît. Nous en tirons donc la conclusion que ni l'AEFNB ni la FJFNB ne possèdent la qualité pour agir en l'espèce.

Il ne fait aucun doute que l'adoption de la *Charte* a restreint la souveraineté du Parlement et des législatures provinciales. La *Charte* constitutionnalise les droits et libertés des Canadiens et il appartient aux tribunaux de préserver et de faire respecter les droits et libertés qui y sont garantis. À cette fin, ils doivent notamment veiller à ce que les lois et les décisions du gouvernement ne contreviennent pas aux dispositions de la *Charte*. Or, le texte même de la *Charte* indique qu'il faut interpréter d'une façon souple et libérale la question de la

qualité pour agir. Sinon, on ne pourrait assurer le respect des droits qu'elle confère et on entraverait l'exercice des libertés qui y sont prévues. Il va sans dire que la *Charte* ne modifie pas le pouvoir discrétionnaire que possèdent les tribunaux de reconnaître la qualité pour agir à des parties d'intérêt public. Les tribunaux veilleront donc à exercer leur pouvoir discrétionnaire de façon à reconnaître la qualité pour agir dans les cas où ils doivent le faire pour s'assurer que la loi ou la décision en question est compatible avec la Constitution et la *Charte*. Cependant, comme l'a souligné la Cour suprême du Canada, le critère qui justifie la reconnaissance de la qualité pour agir à des parties d'intérêt public tient compte de la question de l'affectation judiciaire des ressources judiciaires. À cette fin, le tribunal limitera la reconnaissance de la qualité pour agir aux cas où il s'attend qu'aucune personne directement lésée n'intentera de poursuite, ce qui n'est évidemment pas le cas en l'espèce.

Cette démarche est d'autant plus importante dans le cas de l'article 23, lequel identifie spécifiquement, dans son libellé, qui sont les bénéficiaires directs de ces droits. Il serait pour le moins incongru que des groupes qui ne sont pas des ayants droit ni des représentants d'ayants puissent s'arroger le droit de parler au nom de ceux-ci dans une instance judiciaire. Mieux vaut, dans le cas de l'article 23, réserver ce droit à ceux et celles qui, selon la Cour suprême du Canada, sont les mieux placés pour déterminer ce qui est dans leur intérêt, soit les ayants droits et leurs représentants. Toute autre conclusion pourrait miner l'objet même de cette disposition et entraver le développement et l'épanouissement des communautés minoritaires au Canada.

Enjeux juridiques de l'affaire sports-études à Ottawa : Conseil des écoles publiques de l'est de l'Ontario

Pierre Foucher
Professeur, Faculté de droit, Université d'Ottawa

La Cour supérieure de l'Ontario vient d'accorder une injonction au Conseil des écoles publiques de l'est de l'Ontario (CÉPEO) afin de permettre aux jeunes étudiantes et étudiants du programme sports-études de l'École Louis-Riel d'Ottawa (capitale du Canada) de participer à des compétitions sportives interscolaires de haut niveau¹. Après avoir résumé brièvement le litige, la présente note explore ses enjeux.

Les faits et la décision en quelques mots

Tout a commencé quand une société sans but lucratif incorporée, la Ontario Federation of School Athletics Association (Fédération des associations sportives des écoles ontariennes – OFSAA), a été créée pour réglementer, organiser et tenir des compétitions sportives pour les jeunes athlètes de haut niveau qui étudient dans des programmes sport-études dans les écoles de l'Ontario. En 2012, l'OFSAA a modifié ses règlements : désormais, les athlètes devaient résider dans la « zone de fréquentation » de leur école pour être admissibles à participer aux compétitions régionales ou provinciales. La zone de fréquentation est le territoire desservi par l'école. En vertu du nouveau règlement, si une école n'a pas de zone de fréquentation, l'élève est alors présumé relever de l'école la plus proche de son domicile. Or les écoles relevant du Conseil scolaire public de l'est ontarien n'ont pas de « zone de fréquentation ». L'école publique secondaire Louis-Riel, qui relève dudit Conseil, est la seule école de l'Ontario qui offre un programme de sport-études. Résultat : le programme accueille plusieurs élèves qui ne sont pas domiciliés à proximité, et qui sont donc présumés, en vertu du nouveau règlement, relever d'une école proche de leur résidence mais éloignée de l'école Louis-Riel. Ces élèves n'étudient pas dans l'école la plus proche de leur domicile : ils ne sont pas qualifiés pour participer aux compétitions organisées par l'OFSAA. Le CÉPEO prétend qu'une grande partie de ses élèves (91 en 2015)

¹ [Conseil des écoles publiques de l'est de l'Ontario c ministère de l'Éducation de l'Ontario](#), 2015 ONCS 5328 [CÉPEO].

inscrits au programme sport-études ne pourraient pas participer aux compétitions d'élite. Ils devraient soit s'inscrire dans une école de langue anglaise, soit s'inscrire en français mais renoncer à ces compétitions, ou abandonner le programme sport-études. Selon les demandeurs, cela crée une discrimination inconstitutionnelle, puisque le règlement de l'OFSAA n'a pas cet effet auprès des écoles de la majorité anglophone : il y a suffisamment d'écoles de langue anglaise offrant le programme, et suffisamment d'élèves, pour permettre une participation utile à ces événements. Des francophones pourraient sacrifier leur langue pour participer à des programmes de compétition sportive; d'autres maintiendraient leur inscription au programme en français mais au détriment de leur participation à ces compétitions de haut niveau, ce qui diminuerait la qualité de leur expérience éducative globale. D'autres enfin abandonneraient le programme sport-études, ce qui pourrait en menacer l'existence même; or si le programme disparaît, ce serait pour les jeunes Franco-ontariens la perte d'une opportunité de bonifier leur expérience éducative, opportunité pourtant accordée à la majorité.

La Cour a accordé une injonction en attendant la résolution du litige sur le fond. Elle a appliqué les trois critères habituels dans ce cas : 1) y a-t-il une question juridique sérieuse? (oui, il s'agit des droits scolaires constitutionnels des minorités linguistiques); 2) Le préjudice subi sera-t-il irréparable si l'injonction n'est pas accordée? (Oui, les élèves francophones seront privés de la participation aux compétitions sportives de haut niveau, tant que le règlement s'applique, et cela aura un effet sur les inscriptions au programme lui-même); 3) la prépondérance des inconvénients favorise-t-elle le demandeur, ou le défendeur? (ici, elle favorise les demandeurs, puisque les élèves sont désavantagés tandis que la suspension du règlement et la participation de ces jeunes ne cause pas de préjudice important à l'OFSAA). L'injonction est donc accordée, les règlements de l'OFSAA sont suspendus pour les demandeurs, la situation pré-2012 prévaut. Les jeunes de Louis-Riel pourront s'inscrire aux compétitions de l'OFSAA en attendant l'issue du litige.

Les enjeux de l'affaire

En droit canadien, une injonction interlocutoire ne vise qu'à préserver une situation en attendant qu'un jugement tranche le litige de manière définitive. Or cette affaire a mis en cause l'application de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* à une entité privée comme l'OFSAA et l'inclusion de la participation à des compétitions sportives de haut niveau dans le concept d'« instruction dans la langue de la minorité ». Elle a aussi permis d'appliquer le concept d'« équivalence » de la qualité de l'expérience éducative dans un contexte différent de celui des édifices et des équipements physiques.

Une question n'a cependant pas encore été résolue par la Cour : celle de la responsabilité juridique et constitutionnelle du ministère de l'Éducation, un des défendeurs à la cause.

L'application de l'article 23 à l'OFSA

L'OFSA plaide qu'à titre d'entité privée, elle n'avait aucune responsabilité à l'égard de la *Charte canadienne*, qui ne s'appliquerait pas à elle. La Cour a conclu que le ministère avait délégué des responsabilités à l'OFSA et que la loi scolaire elle-même autorisait les conseils scolaires, qui dirigent cette entité, à offrir leurs installations en vue d'activités sportives. Ainsi, l'OFSA était assujettie au respect de l'article 23 et ses règlements pouvaient être scrutés pour analyser leur effet sur la mise en œuvre des droits qui y sont reconnus. Cette conclusion confirme la tendance récente à étendre la portée de la *Charte* à des organismes privés qui mettent en œuvre un programme gouvernemental².

L'inclusion des compétitions sportives de haut niveau dans la notion d'instruction

Jusqu'ici, la jurisprudence a porté beaucoup d'attention aux établissements et aux installations physiques comme les gymnases, les cafétérias, les salles de cours, les laboratoires. Cette affaire représente l'une des premières occasions d'explorer la notion même d'instruction. Selon la Cour supérieure de l'Ontario, l'instruction ne se limite pas à la présence en salle de classe, ni aux activités strictement pédagogiques. Aux paragraphes 57 à 59, la Cour précise que les programmes de sport-études et même les compétitions sportives interscolaires du genre de celles qui sont en cause ici, font bel et bien partie de la notion d'« instruction » telle que reconnue à l'article 23. Il y a ici un élargissement de la notion d'instruction comme on la concevait traditionnellement, un élargissement propre à englober non seulement le sport, mais toute activité parascolaire significative, comme la musique et la participation à des compétitions nationales ou internationales d'ensembles à vent et d'orchestres scolaires, les sciences et la participation aux expo-sciences, et aussi d'autres formes d'instruction qui ne sont pas dispensées aux élèves de manière traditionnelle, comme l'enseignement à distance, en ligne, ou les services adaptés aux élèves à besoins spéciaux. Elle vise aussi le transport scolaire, comme la Cour supérieure de l'Ontario l'a établi dans *Clermont*³. Cette

² *Ibid* aux para 40-45.

³ [*Clermont c Consortium de transport scolaire d'Ottawa*](#), 2014 ONCS 948, tel que cité dans *CÉPEO*, *ibid* aux para 41 et 50; voir aussi l'affirmation dans *CÉPEO*, *ibid* au para 50 que la Cour suprême a présumé, dans *Arsenault-Cameron*, que l'article 23 s'appliquerait au transport scolaire : « la Cour suprême a statué que les modalités de transport doivent parfois satisfaire aux exigences de l'article 23 ».

conclusion était nécessaire pour octroyer une injonction, car la preuve *prima facie* que plusieurs élèves n'ont pas accès aux compétitions et que cela pourrait entraîner une baisse significative des inscriptions à l'école – et donc un accroissement des pressions assimilatrices – conduit à une violation potentielle de l'article 23. La question de savoir si l'article 23 s'applique à ce genre d'activités nous semble une pure question de droit, et elle a été tranchée. À moins d'un appel, elle ne devrait plus être remise en cause.

La qualité de l'instruction

La preuve par affidavit soumise lors de la requête a permis à la Cour de conclure qu'à première vue, l'école allait subir une baisse importante de clientèle en raison de l'application de ce règlement, et que cela représentait une violation *prima facie* de la qualité d'éducation telle qu'elle doit maintenant être interprétée depuis l'arrêt *Rose-des-vents*, où la Cour suprême du Canada avait conclu que la qualité devait s'évaluer en fonction de la perspective des minoritaires et qu'« On examine ensemble les facteurs pertinents pour décider si, globalement, l'expérience éducative est inférieure au point de pouvoir dissuader les titulaires de droits d'inscrire leurs enfants dans une école de la minorité linguistique » [nous soulignons]⁴. Au procès, l'OFSA cherchera peut-être à discréditer cette preuve ou l'affaiblir, puisque le fardeau de preuve est plus élevé pendant un procès que lors d'une requête en injonction. Il appartient aux demandeurs de démontrer l'effet du règlement non seulement sur les élèves présentement inscrits au programme sport-études, mais aussi de son effet probable sur l'évolution des inscriptions. En ce sens, le précédent de *Rose-des-vents* s'avère précieux, puisque les parents avaient réussi à convaincre la Cour que la baisse des inscriptions découlait de la piètre qualité des installations matérielles, ce qui mettait en danger l'application du droit par le « nombre qui justifie » tout en constituant en soi une violation du concept d'équivalence de l'expérience pédagogique, un concept désormais intégré aux droits protégés par l'article 23. Mais les défendeurs peuvent chercher à contrer cette preuve lors du procès.

De plus, les défendeurs pourraient tenter de plaider que le règlement représente une limite raisonnable au sens de l'article premier, quoiqu'il est difficile de concevoir comment la privation d'importants droits scolaires des minorités en raison d'une règle relative à la résidence des élèves, qui ne semble obéir à aucun objectif gouvernemental suffisamment important pour justifier une atteinte à des droits aussi fondamentaux, peut représenter une « limite raisonnable dans une société démocratique ».

⁴ [Association des parents de l'école Rose-des-vents c Colombie-Britannique](#), 2015 CSC 21 au para 59, tel que cité dans CÉPÉO, *supra* note 1 au para 57 [*Rose-des-vents*].

À la lumière de ces deux précédents que sont *Rose-des-vents* et l'injonction CÉPEO, la tâche ne sera pas facile pour les défendeurs. Somme toute, la décision conduira peut-être les défendeurs à réaliser la difficulté qu'ils pourraient éprouver, au procès, de réussir à faire renverser les conclusions du juge de l'injonction interlocutoire. Il serait préférable que l'OFSAA réalise que son règlement a des effets délétères sur la minorité francophone de l'Ontario et qu'elle consente à exempter les conseils scolaires francophones de son application.

La responsabilité de la ministre de l'Éducation

Le juge de l'injonction mentionne que le ministère de l'Éducation, agissant au nom de la ministre qui détient les pouvoirs juridiques en vertu de la *Loi sur l'Éducation*⁵, entend présenter une requête pour que la poursuite soit abandonnée contre lui. Selon le ministère, l'OFSAA est une entité autonome sur laquelle il n'exerce aucun contrôle et à l'égard de laquelle il ne peut prendre aucune décision; par conséquent, toute violation de l'article 23 ne peut relever de sa responsabilité. Le seul fait qu'il finance l'OFSAA ne suffit pas, selon lui, à engager sa responsabilité.

Or le juge de l'injonction a mentionné que l'OFSAA agissait en vertu d'une délégation du ministère : « Il paraît que le MEO a délégué à l'OFSAA la responsabilité de gérer le programme athlétique interscolaire dans l'ensemble de la province et d'agir à titre de coordonnateur, régulateur et organisateur »⁶; de plus, il a constaté que la *Loi sur l'éducation* déléguait aux conseils scolaires, qui dirigent effectivement l'OFSAA, le pouvoir de mettre en place des activités sportives⁷. La ministre, agissant par ses fonctionnaires, demeure la grande responsable de l'instruction dans la province, un mandat qu'elle reçoit du législateur et qu'elle doit exercer conformément aux droits constitutionnels : « Le ministre a l'obligation d'exercer son pouvoir discrétionnaire conformément à ce que prévoit la *Charte* »⁸. Si la délégation est prouvée, alors le ministère pourrait la révoquer ou menacer de retirer son financement; il pourrait aussi donner des directives aux conseils scolaires, qui composent le conseil d'administration de la Fédération. Bref, le ministère dispose de moyens juridiques d'intervention.

Cependant, la pertinence de la question du partage de la responsabilité pour la violation de l'article 23 semble avalisée par la Cour suprême et cette question n'est ni vaine ni déplacée. En effet, dans le long et coûteux litige opposant le

⁵ [LRO 1990, c E-2](#), art 2(2) : « Le ministre dirige le ministère et en a la responsabilité ».

⁶ CÉPEO, *supra* note 1 au para 59.

⁷ *Ibid* aux para 46-49.

⁸ [Arsenault-Cameron c Ile-du-Prince-Édouard](#), [2000] 1 RCS 3 au para 30; citations omises.

Conseil scolaire francophone de Colombie-Britannique au gouvernement de la province, le juge du procès a scindé les procédures en étapes : en premier lieu, la détermination d'une violation de l'article 23; puis une détermination du partage des responsabilités entre le gouvernement et le Conseil scolaire; enfin, le choix et l'octroi d'une réparation, s'il y a lieu. Or dans *Rose-des-vents*, la Cour suprême du Canada fait allusion à ce découpage et l'approuve. Elle en justifie la pertinence en ces termes :

L'imputation d'une responsabilité pour la violation en cause ne peut avoir lieu qu'à la prochaine étape de l'instance. Le partage de la responsabilité permettra de déterminer sur qui repose le fardeau de justifier la violation de l'art. 23 si l'on invoque un argument relatif à l'article premier. De même, la responsabilité serait fort probablement partagée avant que des ordonnances de réparation sur le fond ne soient rendues⁹.

Le partage des responsabilités doit donc s'effectuer pour identifier sur qui reposerait le fardeau d'invoquer l'article premier et pour adapter les réparations imposées à chacun des défendeurs. La stratégie gouvernementale consistant à nier toute implication pour imputer la violation des droits des parents à d'autres intervenants du milieu scolaire comme les conseils scolaires, eux aussi détenteurs de pouvoirs délégués par la loi¹⁰, ou une entité privée comme l'OFSAA en l'espèce, n'est pas assurée de réussir à tout coup. Elle conduira les tribunaux à s'interroger sur l'étendue du rôle du gouvernement dans la mise en œuvre de l'article 23 dans chacun des cas soumis à son attention. Mais une telle question devrait se régler au procès et non lors de l'audition d'une requête en radiation, pour permettre le dépôt d'une preuve complète. Il ne suffit pas de s'en laver les mains en disant : « je ne peux rien faire » ou « je n'ai rien à voir avec cette décision ». Il faut le prouver et en convaincre la Cour.

Conclusion

L'affaire CÉPEO mérite d'être suivie avec attention puisqu'elle représente un précédent à plusieurs égards et qu'elle permet aux tribunaux de clarifier plusieurs enjeux. L'extension de la garantie de l'article 23 à d'autres formes d'instruction que la seule présence en classe ouvre des portes, tout comme le fit l'extension de la notion de service public de l'article 20 de la *Charte* à d'autres formes de services gouvernementaux que l'appel téléphonique, le remplissage de

⁹ *Supra* note 4 au para 79.

¹⁰ [Commission scolaire francophone du Yukon c Procureure générale du Yukon](#), 2015 CSC 25 au para 74.

formulaire ou la visite au comptoir (on pense à l'interaction entre policiers et prévenus au bord de la route, à l'inspection sur place, aux appels radio de la garde côtière, à la conception et la livraison de programmes gouvernementaux et bien d'autres). L'extension de l'application de l'article 23 à des entités privées peut aussi exercer une influence sur la portée de l'article 20; elle déclenche aussi une réflexion sur la responsabilité réelle des gouvernements dans la mise en œuvre de l'article 23. L'injonction ne représente que la première manche.

***L'article 5.1 de la Loi sur les langues officielles
et le plan sur les langues officielles 2015***

Michel Doucet

Professeur titulaire et directeur de l'Observatoire international des droits linguistiques, Faculté de droit, Université de Moncton

L'article 5.1¹ de la *Loi sur les langues officielles (LLO)*² a fait son apparition lors de la modification de la loi en 2013. Avant son adoption, les objectifs de cet article avaient été expliqués comme suit par le Comité spécial de révision de la *LLO* :

Le comité croit qu'il est important de confirmer dans la loi l'obligation du gouvernement de se doter d'un plan global d'application de la Loi sur les langues officielles. Ce plan devrait présenter un ensemble de moyens pour relever les défis et devrait contenir des mesures novatrices pour favoriser la création d'une culture bilingue au sein de la fonction publique et la progression vers l'égalité réelle des deux communautés linguistiques officielles. Ce plan global devrait aussi préciser des mécanismes à mettre en place afin de permettre au gouvernement de tenir compte de la réalité spécifique de chaque communauté linguistique dans l'élaboration de ses programmes et politiques [nous soulignons]³.

Nous ne sommes pas convaincus que le plan présenté par le gouvernement en juillet 2015 rencontre les objectifs énoncés dans cet extrait.

Le paragraphe 5.1(1) prévoit l'élaboration d'un plan établissant les modalités de respect des obligations contenues dans la *LLO*. Ce plan doit énoncer les buts et les

¹ Et non, l'article 5 comme il est indiqué à la page 1 du *Plan sur les langues officielles - Le bilinguisme officiel : une valeur fondamentale*, 2015, du gouvernement du Nouveau-Brunswick [Plan 2015].

² LN-B 2002, c O-0.5 [LLO].

³ Assemblée législative du Nouveau-Brunswick, *Rapport du comité spécial de révision de la Loi sur les langues officielles* à la p 23, en ligne : <http://www.gnb.ca/legis/business/committees/reports/57-3/RCSRLLO-2013.pdf>.

objectifs afférents aux obligations de la province, ainsi que les mesures propres à assurer l'égalité de statut des deux communautés linguistiques, l'égalité d'usage du français et de l'anglais dans les services publics, la prise en compte de la langue de travail dans la détermination des équipes de travail et l'élaboration des profils linguistiques des postes dans les services publics. La province doit également proposer dans son plan des mesures pour améliorer la capacité bilingue de la haute direction au sein des services publics. En outre, il doit contenir des mesures relatives à la révision et à l'amélioration, au besoin, des politiques en matière d'affichage public en tenant compte des deux communautés linguistiques et de la composition linguistique d'une région. Finalement, le plan doit contenir les mesures de rendement affectées à l'évaluation de l'efficacité des mesures appliquées dans le cadre du plan et aux délais impartis pour leur mise en application.

En vertu du paragraphe 5.1(2), le premier ministre est chargé d'assurer la coordination centrale du plan et de veiller à sa mise en application. Le paragraphe 5.1(3), quant à lui, prévoit que chaque élément des « services publics » devra élaborer un « plan d'action » énonçant les modalités d'atteinte des buts et des objectifs et de la mise en application des mesures prévues dans le plan de la province. Selon le paragraphe 5.1(4), dans les plus brefs délais après la fin d'un exercice financier, les institutions visées par la disposition doivent présenter au premier ministre un rapport des activités entreprises dans le cadre de leurs plans d'action. Le premier ministre aura l'obligation, en vertu du paragraphe 5.1(5), de présenter annuellement à l'Assemblée législative un rapport des activités entreprises dans le cadre du plan de la province. Autrement dit, la province doit rédiger un plan dans lequel elle énonce la façon dont elle va s'y prendre pour combler les obligations qui lui incombent en vertu de la *LLO*. Ensuite, chaque élément du service public doit rédiger un plan d'action dans lequel ils vont énoncer la façon dont ils vont atteindre les buts et les objectifs ainsi que les mesures énoncés dans le plan de la province.

Malgré l'absence d'une disposition similaire lorsque la *LLO* a été adoptée en 2002, le gouvernement provincial avait néanmoins présenté, en 2011, un plan sur la mise en œuvre des langues officielles au sein des institutions gouvernementales⁴, lequel s'adressait aux employés gouvernementaux de la Partie I de l'Annexe I de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*⁵. Notons, au départ, qu'il y a une différence importante entre le Plan de 2011 et l'article 5.1 de la *LLO*. Si le Plan de 2011 s'appliquait uniquement aux

⁴ Gouvernement du Nouveau-Brunswick, *Plan sur les langues officielles. Le bilinguisme officielle une force, 2011-2013* [Plan 2011].

⁵ LRN-B 1973, c P-25.

employés de la Partie I⁶, l'article 5.1 s'applique, quant à lui, aux « services publics ». L'expression « services publics » est définie à l'article 1 de la *LLO* comme étant les « éléments ou [les] subdivisions des services publics figurant à l'annexe I de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics qui sont prescrits par règlement* ». Selon le paragraphe 45 a.1) de la *LLO*, le lieutenant-gouverneur en conseil peut établir des règlements « désignant les éléments ou les subdivisions aux fins d'application de la définition “services publics” à l'article 1 ». Toutefois, à ce jour, aucun règlement en ce sens n'a été adopté. Conséquemment, selon l'article 5.1, le Plan de 2015 ne s'applique pas uniquement aux employés des institutions identifiées à la Partie 1 de l'Annexe I, mais également à ceux des Parties III et IV⁷. Les auteurs du Plan de 2015 ne semblent pas avoir saisis cette nuance importante, car il affirme que le « plan continuera d'être axé sur les ministères et organismes et de viser la Partie I des services publics provinciaux »⁸. Or on ne peut pas modifier les exigences d'une loi par une politique, une directive ou un plan.

En ce qui concerne le plan de 2011, sa mise en œuvre devait se terminer en 2013, mais il a été prolongé jusqu'en 2015 pour permettre l'achèvement du processus de révision de la *LLO*, la réalisation d'une évaluation officielle du plan de 2011 et l'élaboration d'un nouveau plan⁹. L'évaluation du plan de 2011 a été entreprise en avril 2014 et s'est échelonnée sur plusieurs mois. Cette évaluation visait « à déterminer la pertinence, les résultats et la rentabilité du plan et à formuler des

⁶ Les employés de la Partie I sont les employés des institutions suivantes : Agence des services internes du Nouveau-Brunswick; Bureau du Conseil exécutif; Cabinet du Premier ministre; Cabinet du procureur général; Commission de police du Nouveau-Brunswick : Conseil consultatif sur la condition de la femme; M.O.R.E. SERVICES INC.; Musée du Nouveau-Brunswick; Opportunités Nouveau-Brunswick; Ordre des sages-femmes du Nouveau-Brunswick; Services Nouveau-Brunswick; Société de développement régional; Société d'habitation du Nouveau-Brunswick; Société de l'inclusion économique et sociale du Nouveau-Brunswick ; Société de Kings Landing; Tribunal d'appel des accidents au travail; Tribunal d'appel des accidents au travail et tous les ministères provinciaux.

⁷ Les employées des institutions de la Partie II sont exemptées en raison de l'article 4 de la *LLO*. Pour ce qui est des Parties III et IV, celles-ci comprennent les institutions suivantes : Ambulance Nouveau-Brunswick Inc.; FacilicorpNB Ltée.; Fundy Linen Services, Inc., Saint John, N.-B.; Conseil du Nouveau-Brunswick en matière de santé; Régie régionale de la santé A/Regional Health Authority A; Régie régionale de la santé B/Regional Health Authority B; Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail; Commission des services d'aide juridique du Nouveau-Brunswick; Commission des services financiers et des services aux consommateurs; Société de gestion des placements du Nouveau-Brunswick; Société d'énergie du Nouveau-Brunswick; Corporation de commercialisation d'énergie du Nouveau-Brunswick; Société des alcools du Nouveau-Brunswick; Société de voirie du Nouveau-Brunswick

⁸ Plan *supra* note 1 à la p 4.

⁹ *Ibid* à la p 1.

recommandations concernent les plans futurs »¹⁰. Le rapport d'évaluation a été présenté en septembre 2014. Voici quelques-unes des principales constatations qui en sont ressorties :

- Un important obstacle rencontré durant le processus d'évaluation a été l'absence inhérente de données et de renseignements statistiques pertinents.
- Il a également été suggéré d'ajouter des mesures quantitatives afin de donner une structure rigoureuse au plan.
- Il a été constaté que la mise en œuvre du plan de 2011 avait connu des débuts prometteurs, mais que l'on avait rapidement remarqué que le soutien offert en général par les dirigeants manquait de constance, ce qui a miné le processus de responsabilisation et a compromis les chances de succès du plan.
- Il a été noté que malgré des progrès, il reste encore considérablement de travail à faire relativement aux politiques sur la langue de travail et sur la langue de service. Le rapport d'évaluation constate qu'un grand nombre de fonctionnaires ne saisissent toujours pas le concept de l'offre active de services.¹¹

Le Plan de 2015, qui a été rendu public en juillet, identifie, comme le plan de 2011, quatre « secteurs d'activité » :

1. Langue de service
2. Langue de travail
3. Développement des deux communautés linguistiques officielles
4. Connaissance de la *LLO* et des autres obligations.

Afin de déterminer si le Plan de 2015 respecte l'article 5.1, nous allons examiner son contenu à la lumière des attentes qui sont exprimées à son paragraphe (1).

L'alinéa 5.1(1)a)

Étant donné que le législateur a cru bon d'ajouter le paragraphe 5.1(1), nous aurions pu nous attendre à ce que le plan de 2015 suive rigoureusement les énoncés qui s'y trouvent. Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, le paragraphe 5.1(1) énonce clairement que la province doit établir dans le plan les modalités de

¹⁰ *Ibid* à la p 3.

¹¹ *Ibid* aux pp 3-4.

respect des obligations que lui impose la *LLO* et l'alinéa 5.1(1) a) prévoit que le plan doit énoncer les buts et les objectifs afférents à ses obligations.

Nous n'avons trouvé aucune mention, dans le plan de 2015, d'un énoncé clair des buts et des objectifs afférents aux obligations imposées par la *LLO* comme le requiert l'alinéa 5.1 (1) a). Il est vrai que l'on trouve dans la section intitulée « La vision par secteur d'activités » dans l'axe « langue de service » du plan, l'affirmation suivante : « une offre active et des services de qualités égale, en français ou en anglais, selon le choix du citoyen peu importe où il se trouve dans la province »¹². Un peu plus loin, on peut également lire que le plan « a comme objectif d'éliminer les lacunes qui persistent. [...] Il mettra en relation le constat de la situation à ce jour, les résultats globaux attendus, les objectifs stratégiques et mesurables et les moyens à mettre en place »¹³. Bien que nous soyons d'accord avec ces objectifs, il nous est difficile de conclure qu'ils répondent pleinement à ce qui est énoncé à l'alinéa 5.1(1) a). Nous aurions été en droit de nous attendre à ce que le plan de 2015 énonce clairement, dès le départ, qu'elles sont les obligations imposées par la *LLO*, lesquelles ne portent pas uniquement sur la langue de service, et qu'il énonce les buts et les objectifs de la province pour chacune de celles-ci.

En ce qui concerne la « langue de service », la province constate, dans le Plan de 2015, qu'en dépit du fait que plusieurs années se sont écoulées depuis que la politique sur la langue service¹⁴ a été mise en œuvre, « celle-ci est en grande partie encore mal comprise ou mal appliquée »¹⁵. La province y prévoit donc que les institutions doivent « continue[r] à mettre en place les mesures nécessaires à une pleine application de la [*LLO*] en ce qui a trait à langue de service »¹⁶. Les moyens prévus pour la réalisation de cet objectif demeurent assez généraux. Ils prévoient, entre autres, que « les ministères et organismes » fassent en sorte que toutes les communications écrites et orales se fassent dans la langue de choix des destinataires, que le principe de l'offre active soit appliqué, que « les ministères et organismes » s'assurent que les capacités linguistiques des employés « sont équilibrés pour fournir des services de qualité dans les deux langues officielles », qu'ils prendront les mesures pour veiller à ce que les capacités linguistiques des employés dans l'autre langue officielle soient maintenues ou améliorés et,

¹² *Ibid* à la p 5.

¹³ *Ibid* à la p 6.

¹⁴ Gouvernement du Nouveau-Brunswick, Manuel d'administration, numéro AD-2919, Vol 2, *Politique et lignes directrices sur les langues officielles - Langue de service*, en ligne : http://www2.gnb.ca/content/gnb/fr/ministeres/ressources_humaines/notre_sujet/politiques_lignes_directrices/langue_service.html.

¹⁵ Plan *supra* note 1 à la p 10.

¹⁶ *Ibid* à la p 11.

finalement, qu'ils veilleront à ce que les contrats pour les fournisseurs de services avec des tiers respectent « les critères de langues » énoncés dans la politique sur la langue service. Ce sont là des obligations qui, pour la plupart, existent déjà dans la *LLO*. Les répétées ne constituent pas, à notre avis, une mesure de mise en œuvre de ces obligations comme l'exige l'article 5.1.

L'alinéa 5.1(1) b)

L'alinéa 5.1(1) b) indique que la province doit énoncer dans le plan les mesures propres à assurer l'égalité de statut des deux communautés linguistiques. Il aurait été intéressant que les auteurs du plan définissent ce qu'ils comprennent de cet énoncé, mais cela n'est pas le cas. On fait bien référence dans la section intitulée « Fondements juridiques » à la *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles du Nouveau-Brunswick*¹⁷ et à l'article 16.1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁸, mais sans plus. L'axe 3 du plan, intitulé « Développement des deux communautés linguistiques officielles », est le seul endroit où on peut déceler une référence indirecte à l'alinéa 5.1(1) b). Les objectifs stratégiques 3.1 (« le bilinguisme officiel est une valeur fondamentale véhiculée par le gouvernement et ses employés ») et 3.3 (« le gouvernement tire avantage du bilinguisme officiel pour le développement économique de la province et la création d'emplois ») de cet axe, bien que nous soyons d'accord avec ce qu'ils énoncent, ne nous semblent pas très pertinents pour les fins de l'alinéa 5.1(1) b). L'objectif stratégique 3.2 est peut-être, à cet égard, plus pertinent. Il prévoit que « La mise en place ou la modification d'une politique ou d'un programme tient compte de l'incidence sur les communautés francophone et anglophone de la province »¹⁹. Nous constatons, dans cet objectif, une actualisation du principe de l'égalité réelle. L'égalité réelle est réalisée lorsque l'on prend en considération des différences dans les caractéristiques et les circonstances de la communauté minoritaire, en offrant des services avec un contenu distinct ou au moyen d'un mode de prestation différent afin d'assurer que la minorité reçoive les services de la même qualité que la majorité²⁰. L'égalité réelle est par ailleurs la norme en droit canadien²¹. Le Plan de 2015 n'offre toutefois aucune directive pour la réalisation de cet objectif, autre que de dire que « les mémoires présentés au Conseil exécutif contiendront une section qui aborde l'incidence que le programme ou la politique dont il est question peut avoir sur les

¹⁷ LN-B 1981, c O-1.1.

¹⁸ 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*].

¹⁹ Plan de 2015, *supra* note 1 à la p 14.

²⁰ Voir, notamment, *DesRochers c Canada (industrie)*, 2009 CSC 8, [2009] 1 RCS 194.

²¹ *R c Beaulac*, [1999] 1 RCS 768, 173 DLR (4^e) 193.

communautés francophone ou anglophone ». Le plan prévoit ensuite « [qu'on] élaborera un guide pratique pour guider la rédaction de mémoires au Conseil exécutif en ce qui a trait aux langues officielles »²². Nous exprimons le souhait que, dans l'élaboration de ce « guide pratique », l'on fasse référence à la grille d'analyse préparée à ce sujet par le gouvernement fédéral²³. Cette grille devrait permettre aux institutions provinciales de mieux comprendre ce qui est attendu d'elles lorsque vient le temps d'appliquer le principe de l'égalité réelle. D'ailleurs, cette grille aurait facilement pu faire partie du Plan de 2015.

Les alinéas 5.1(1) c) et d)

Les alinéas 5.1(1) c) et d) portent spécifiquement sur la langue de travail. Ils indiquent que la province doit proposer dans le plan des mesures propres à assurer l'égalité d'usage du français et de l'anglais dans les services publics, à assurer la prise en compte de la langue de travail dans la détermination des équipes de travail au sein des services publics et il doit élaborer les profils linguistiques des postes dans les services publics. Il en est question à l'axe 2 du plan de 2015. En ce qui concerne les mesures pour assurer l'égalité d'usage du français et de l'anglais dans les services publics, l'axe 2 du plan prévoit que « tous les employés profitent d'un environnement et d'un climat qui les encouragent à utiliser la langue officielle de leur choix dans le milieu de travail ». Pour assurer l'existence de cet « environnement » et de ce « climat », on suggère comme « moyen » que tous « les ministères et organismes revoient leurs profils linguistiques de façon à déterminer des mesures à prendre pour permettre à chaque employé de travailler dans la langue de son choix »²⁴. Ce « moyen » peut également servir pour l'alinéa 5.1(1) d) qui exige que la province identifie dans le plan les mesures propres à assurer la prise en compte de la langue de travail dans la détermination des équipes de travail au sein des services publics et il doit élaborer les profils linguistiques des postes dans les services publics. Malheureusement, la province offre peu de détail à ce sujet et ne permet donc pas de faire, à ce moment, une véritable analyse de cet objectif.

La province fait ensuite référence à la politique gouvernementale sur la langue de travail qui est en vigueur depuis 2009²⁵. Elle note dans le plan que la « plupart des

²² Plan de 2015, *supra* note 1 à la p 14.

²³ Gouvernement du Canada, Grille d'analyse (égalité réelle), en ligne : <http://www.tbs-sct.gc.ca/psm-fpvm/ve/ol-lo/olcsp-locsp/caldech/analytical-analyse-fra.asp>.

²⁴ Plan de 2015, *supra* note 1 à la p 12.

²⁵ Gouvernement du Nouveau-Brunswick, Manuel d'administration, numéro AD-2919, Vol 2, *Politique et lignes directrices sur les langues officielles – langue de travail*, en ligne : http://www2.gnb.ca/content/gnb/fr/ministeres/ressources_humaines/notre_sujet/politiques_lignes_directrices/langue_travail.html.

ministères offrent le droit aux employés de travailler dans la langue de leur choix », mais ils sont également « les premiers à admettre que dans certains cas, il est très difficile, voire impossible, de travailler dans la langue de son choix si celle-ci est le français »²⁶. Les raisons qui expliqueraient cette difficulté pour les fonctionnaires de pouvoir travailler en français seraient « les contraintes de temps et la présence de cadres supérieurs unilingues »²⁷. On ajoute également que dans certains cas, devant « l'importance » ou la « complexité » d'un dossier, « on demandera que le travail soit fait en anglais, afin d'éviter la traduction »²⁸.

En ce qui concerne les mesures spécifiques proposées pour corriger cette situation, la province propose, entre autres, que « la langue de travail de choix de tous les employés » soit déterminée « notamment en ce qui a trait : aux outils de travail, à l'évaluation de rendement et à la rédaction de document »²⁹. Nous présumons que les auteurs du plan ont voulu dire que les employés auront le droit de choisir la langue officielle dans laquelle ils veulent recevoir leurs outils de travail, leur évaluation de rendement et dans laquelle ils désirent rédiger leurs documents. Chacun de ces éléments est déjà présent dans la *Politique et lignes directrices sur les langues officielles – langue de travail* et ne constituent donc pas des mesures innovatrices.

La province prévoit également « [qu']un soutien sera offert aux gestionnaires afin que les employés puissent travailler dans la langue de leur choix »; que « les petites réunions se dérouleront de manière à encourager l'utilisation des deux langues officielles »; que « les deux langues officielles seront utilisées dans les grandes réunions »³⁰; et que « les cours de formation destinés aux employés seront offerts dans les deux langues officielles ». Il faudra attendre de voir les plans d'action des différents éléments du service public pour savoir si ces mesures reliées à la langue de travail auront bel et bien été implantées.

En ce qui a trait à la langue de travail, le Plan de 2015 ne prévoit aucune mesure vraiment novatrice. On ne fait essentiellement que reprendre ce qui existe déjà. Pourtant, le Plan de 2015 aurait été une belle occasion pour apporter l'élan nécessaire à un changement de mentalité au sein de la fonction publique. Or, nous n'y trouvons aucun engagement clair et manifeste en ce sens.

²⁶ Plan de 2015, *supra* note 1 à la p 12.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Nous présumons qu'il doit exister une définition de ce que les auteurs entendent par « petites réunions » et « grandes réunions ». Nous n'avons toutefois pas été en mesure de trouver cette définition.

L'alinéa 5.1(1) e)

L'alinéa 5.1 (1) e) prévoit que le plan énonce des mesures propres à améliorer la capacité bilingue de la haute direction au sein des services publics. Comme nous l'avons déjà indiqué, le Plan de 2015 indique clairement que la présence de cadres supérieurs unilingues est l'un des obstacles au droit de travailler dans sa langue au sein de la fonction publique. Nous aurions donc été en droit de nous attendre que les énoncés concernant le bilinguisme des cadres supérieurs se trouveraient à l'axe 2 – langue de travail. Or, dans le Plan de 2015, les deux énoncés qui portent spécifiquement sur cette question se trouvent à l'axe 1 – Langue de service. Ainsi, les objectifs stratégiques 1.2 et 1.3 prévoient que des mesures en vues d'améliorer le bilinguisme « des cadres supérieurs » et « intermédiaires » de la fonction publique seront mis en place. Les « moyens (stratégies) » identifiés dans le plan pour réaliser l'objectif ne font essentiellement que reprendre l'énoncé de l'objectif. Pourtant, le Plan de 2015 aurait pu, à ce titre, s'inspirer de l'excellente analyse de la situation faite par la Commissaire aux langues officielles dans son *Rapport annuel 2014-2015*³¹.

En effet, dans ce rapport, la Commissaire aux langues officielles du Nouveau-Brunswick a donné une place importante à la question du bilinguisme chez les hauts fonctionnaires de la fonction publique provinciale. Elle a expliqué que le bilinguisme officiel n'a jamais signifié que tous les employés de l'État doivent parler les deux langues officielles. S'appuyant sur les dernières données gouvernementales, elle a indiqué que seuls 41 % des employés de la fonction publique provinciale doivent être bilingues³². Elle a ajouté : « Toutefois, on s'attendrait à ce que les premiers responsables de l'application de la LLO, les hauts fonctionnaires, doivent obligatoirement parler les deux langues. Et pourtant dans la seule province officiellement bilingue au pays, aucune politique, aucune ligne directrice ne le prescrit »³³. Le Plan de 2015 aurait pu être l'occasion pour l'élaboration d'une telle politique.

La Commissaire n'a pas hésité à qualifier d'« ambiguë » et de « contradictoire » la position de la province en ce qui concerne le bilinguisme de la haute fonction publique³⁴. Elle a donc recommandé, dans son *Rapport annuel*, en ce qui concerne les hauts fonctionnaires de l'Assemblée législative³⁵, que l'on suive

³¹ Commissaire aux langues officielles du Nouveau-Brunswick, *Rapport annuel 2014-2015*.

³² *Ibid* à la p 18.

³³ *Ibid*

³⁴ *Ibid* à la p 24.

³⁵ Les hauts fonctionnaires de l'Assemblée législative sont : la Commissaire à l'accès à l'information et à la protection de la vie privée; le Commissaire aux conflits d'intérêts; la

l'exemple du Parlement canadien qui, en 2013, a adopté la *Loi concernant les compétences linguistiques*³⁶. Elle a également recommandé qu'au cours des années 2015 à 2019, tous les concours et processus de dotation liés à un poste de sous-ministre ou à un poste de sous-ministre adjoint ou de cadre supérieur exigent de parler et de comprendre les deux langues officielles ou un engagement en ce sens dans un délai de trois ans à compter de la date de nomination. De plus, elle a recommandé qu'à compter de 2020, la capacité de parler et de comprendre les deux langues officielles soit une condition préalable à la nomination d'une personne à l'un ou l'autre de ces postes. Sans même se donner la peine de les étudier plus en profondeur, le gouvernement provincial a rejeté ces recommandations de manière catégorique et sans appel³⁷ et il n'en a été aucunement mention dans le Plan de 2105. Pourtant, le gouvernement avait, dans le *Rapport* de la Commissaire, les éléments nécessaires pour proposer des mesures concrètes comme l'exige l'alinéa 5.1(1) e).

L'alinéa 5.1(1) f)

L'alinéa 5.1(1) f) prévoit que la province énonce dans le plan des mesures relatives à la révision et à l'amélioration, au besoin, de ses politiques en matière d'affichage public en tenant compte des deux communautés linguistiques et de la composition linguistique d'une région. Cette disposition semble avoir été complètement oubliée dans le Plan de 2015. L'alinéa 5.1(1) f) fait référence à l'article 29 de la *LLO* qui prévoit que « tout affichage public et autres publications et communications destinés au grand public et émanant d'une institution sont publiés dans les deux langues officielles ». Les panneaux routiers (y compris l'affichage touristiques), les enseignes devant les immeubles gouvernementaux, les indications dans les bureaux gouvernementaux sont des exemples d'affichage public gouvernemental³⁸. Une des questions généralement soulevée en ce qui concerne l'affichage public gouvernemental est l'ordre de présentation des deux

Commissaire aux langues officielles; le Défenseur des enfants et de la jeunesse; le Défenseur du consommateur en matière d'assurance; le Directeur général des élections; l'Ombudsman; et, la Vérificatrice générale.

³⁶ *Loi concernant les compétences linguistiques*, LC 2013, c 36. Cette loi prévoit que la capacité de parler et de comprendre clairement les deux langues officielles est une condition préalable à la nomination d'une personne à l'un ou l'autre des postes suivants : vérificateur général du Canada, directeur général des élections, commissaire aux langues officielles du Canada, Commissaire à la protection de la vie privée, Commissaire à l'information, conseil sénatorial en éthique, commissaire aux conflits d'intérêt et à l'éthique, commissaire au lobbying, commissaire à l'intégrité du secteur public, président de la Commission de la fonction publique.

³⁷ « Government rejects call for all senior bureaucrats to be bilingual », CBC New Brunswick, en ligne : <http://www.cbc.ca/1.3117111> .

³⁸ Commissaire aux langues officielles du N.-B., *Rapport annuel 2009-2010* à la p 17.

langues officielles qui favorise généralement l'anglais et ce, même dans les régions majoritairement francophone : l'anglais se retrouve à gauche ou au-dessus; le français à droite ou au-dessous. Comme l'a souligné le Commissaire aux langues officielles, « sachant qu'on lit de gauche à droite et de haut en bas, l'ordre de présentation actuel ne contribue pas à promouvoir la langue française »³⁹. Cet ordre de présentation dans les régions majoritairement francophones apparaît « inapproprié, car il ne reflète pas la réalité linguistique du milieu »⁴⁰. Voilà le genre de situation que veut adresser l'alinéa 5.1(1) f). En 2010, le Commissaire aux langues officielles avait recommandé au premier ministre que la province se dote d'une politique équilibrée sur l'affichage gouvernemental qui respecterait pleinement le principe d'égalité des deux langues officielles et qui tiendrait compte de la réalité linguistique des régions. La province n'a jamais donné suite à cette recommandation et il semble qu'elle ne le fera pas non plus dans le plan de 2015.

L'alinéa 5.1(1) g)

La dernière exigence du paragraphe 5.1(1) se trouve à l'alinéa g), lequel prévoit que l'on propose dans le plan des mesures de rendement affectées à l'évaluation de l'efficacité des mesures appliquées dans le cadre du plan et aux délais impartis pour leur mise en application. Le plan prévoit généralement que l'Unité de coordination des langues officielles du Bureau du Conseil exécutif fera annuellement une évaluation des rapports de suivi sur le rendement que lui soumettront les ministères et les organismes. Toutefois, il n'est aucunement question de quelles seront ces mesures de rendement. À un seul endroit dans le plan, soit à l'objectif stratégique 1.5 de l'axe 1 – Langue de service, est-il fait mention « de mécanismes pour mesurer les progrès en matière de langue de service ». Les moyens identifiés pour réaliser cet objectif sont une évaluation des « commentaires des citoyens » et la préparation d'un « rapport annuel ». En ce qui a trait au « rapport annuel », cela est déjà prévu aux paragraphes 5.1(4) et (5) de la LLO. Le paragraphe 5.1(1) devait donc faire référence à quelques choses d'autres lorsqu'il mentionne des mesures de rendement. Pour ce qui est des « commentaires des citoyens », nous ne voyons pas comment cette mesure peut être suffisante pour rencontrer l'obligation prévue à l'alinéa 5.1(1) g). S'en remettre uniquement aux « commentaires de citoyens » est à notre avis insuffisant et inefficace. Nous pouvons d'ailleurs nous demander qui récoltera ces commentaires et quelle méthodologie sera utilisée pour le faire. Nous tenons également à préciser que les personnes en situation minoritaire n'ont pas tendance

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

à porter plainte en cas d'absence de service en français et que l'absence de plaintes n'est pas toujours un indice que tout va bien.

En ce qui concerne l'échéancier pour la réalisation du plan de 2015, il semble être de cinq années si nous nous en remettons au « gabarit du plan d'action ».

Conclusion

En fin de compte, le Plan de 2015 renferme peu de mesures novatrices. Il semble laisser aux ministères et institutions le soin de sélectionner les mesures de mise en œuvre. Il nous faudra donc attendre au moins un an et le dépôt des rapports des différentes institutions visées par le Plan de 2015 avant de pouvoir dire si le Plan est porteur d'espoir ou de déception. Pour l'instant, étant donné les généralités qui y sont énoncées et le manque d'uniformité entre celui-ci et les obligations prévues à l'article 5.1, il est difficile d'être optimiste quant au résultat final. En lisant, le Plan de 2015, nous avons l'impression que ses auteurs ont procédé à son élaboration sans tenir compte de l'article 5.1 de la *LLO*. D'ailleurs, cet article n'apparaît nulle part dans le plan, si nous faisons exception de la référence à l'article 5 à la page 1, lequel porte plutôt sur la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais, objectif qui, somme toute, ne sera pas atteint plus facilement grâce au Plan de 2015.

***Légiférer sur l'usage des langues dans le secteur privé : des enjeux de droit
constitutionnel et administratif au Canada***

Pierre Foucher
Professeur, Faculté de droit, Université d'Ottawa

Le Québec est la juridiction canadienne qui intervient le plus fortement pour réglementer l'usage des langues dans le secteur privé. Or deux nouvelles récentes retiennent l'attention et mettent en jeu des principes de droit constitutionnel et administratif dans un contexte de gestion des langues par le droit.

Les marques de commerce en anglais

Dans un premier temps, la Cour d'appel a confirmé une décision de première instance voulant que l'Office québécois de la langue française (OQLF), l'organisme qui est chargé de la mise en œuvre de la *Charte de la langue française du Québec*¹, n'avait pas le pouvoir en vertu de cette loi de se livrer à la pratique d'imposer aux commerces qui utilisent une marque de commerce anglaise l'ajout d'un générique en français². Essentiellement, la loi permet aux commerçants de se servir d'une marque en anglais³, mais l'Office estimait que le commerçant devait y ajouter un descriptif ou un générique en français (« *Les restaurants* » MacDonald; « *Les magasins au détail* » Wal-Mart; etc.). Elle avait donc émis des constats d'infraction contre plusieurs géants du commerce au détail qui utilisent des marques en anglais et les affichent. Ceux-ci avaient contesté leur avis d'infraction en plaissant que la loi n'exigeait rien de la sorte. La Cour d'appel avait confirmé que la loi et son règlement ne pouvaient, en effet, s'interpréter comme permettant d'imposer cette exigence d'un descriptif en français. Dans la foulée de cette décision, qui ne fait appel à aucun droit constitutionnel mais se borne à interpréter la loi, le gouvernement a annoncé qu'il modifierait le règlement sur le commerce adopté en vertu de la *Charte de la langue française* en vue d'imposer explicitement aux commerçants utilisant une marque dans une langue autre que le français, l'ajout d'un descriptif, un slogan ou un générique en

¹ *Charte de la langue française*, LRQ c C-11 [CLF].

² *Québec (Procureure générale) c Magasins Best Buy ltée*, 2015 QCCA 747 [Best Buy].

³ CLF, *supra* note 1, art 58, 63; *Règlement sur la langue du commerce et des affaires*, C-11 r 9, art 25(4).

français⁴. Or une telle modification législative fait intervenir deux enjeux de droit constitutionnel canadien : le fédéralisme et les droits fondamentaux.

Dans la fédération canadienne, les marques de commerce relèvent de la compétence exclusive du législateur fédéral⁵. Les provinces ne peuvent donc pas légiférer sur ces marques. En vertu de la nouvelle jurisprudence sur le partage des compétences, elles peuvent cependant affecter l'exercice d'une compétence fédérale quand elles exercent leurs propres pouvoirs⁶. La limite de cette intervention réside dans l'interdiction qui leur est faite d'entraver l'exercice par le Parlement canadien de sa propre compétence. La modification au règlement devra donc s'ancrer dans une compétence québécoise (probablement, le commerce local), et ne pas entraver le cœur, le noyau, les aspects essentiels de la compétence fédérale sur les marques de commerce. Ainsi si l'on juge que le règlement modifie la marque, ou entrave son utilisation, ou la dilue, il se pourrait que la Cour juge que la modification est inapplicable.

L'autre aspect constitutionnel porte sur la liberté d'expression. La Cour suprême du Canada a eu l'occasion de se pencher sur la langue de l'affichage commercial et a statué qu'il est contraire à la liberté d'expression protégée par l'article 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés* d'imposer le français sur les affiches commerciales⁷; il est tout aussi contraire à cette liberté d'y interdire l'usage de toute autre langue⁸. Néanmoins, il est raisonnable, dans une société démocratique, d'imposer l'usage du français, langue menacée et fragile en Amérique du Nord; mais il n'est pas raisonnable d'interdire toute autre langue. L'affichage fait partie du « paysage linguistique », un élément fondamental de l'aménagement des langues. En ce sens, selon la Cour, l'objectif de valoriser le français est suffisamment important pour déroger à la liberté d'expression et l'imposition du français sur les affiches commerciales est proportionné à cet objectif. Par contre, l'interdiction de toute autre langue excède la proportionnalité : on peut atteindre l'objectif de valoriser le français en exigeant sa « nette prédominance », sans aller jusqu'à l'interdiction totale de toute autre langue. Qui plus est, la Cour d'appel de l'Ontario a récemment jugé que l'exigence d'un affichage commercial bilingue français/anglais imposé par certaines municipalités dans l'est de la province, s'il violait la liberté d'expression protégée par la *Charte canadienne des droits et*

⁴ « Couillard pourrait resserrer la Loi 101 pour mettre au pas les grands détaillants », 29 avril 2015, en ligne : <http://ici.radio-canada.ca/nouvelles/politique/2015/04/29/004-affichage-francais-couillard-loi-jugement-anglais.shtml> [accès 20 septembre 2015].

⁵ *Kirkbi AG c Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 RCS 302.

⁶ *Banque canadienne de l'Ouest c Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 RCS 3.

⁷ *Ford c Procureur général du Québec*, [1988] 2 RCS 712, 54 DLR (4^e) 577.

⁸ *Devine c Procureur general du Québec*, [1988] 2 RCS 790, 55 DLR (4^e) 641.

libertés, se justifiait par le fait que le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada⁹. Or le projet de modification consisterait non pas à imposer l'usage du français, mais à imposer l'usage d'un générique ou descriptif en français, ce qui n'est pas tout-à-fait la même chose. Cette exigence s'apparente plus aux mises-en-garde obligatoires sur les produits du tabac, qui furent en leur temps jugées contraires à la liberté d'expression mais conformes aux limites raisonnables¹⁰. Le fait que la loi maintient le droit d'afficher une marque unilingue dans une langue autre que le français tout en exigeant un descriptif en français pourrait donc s'avérer raisonnable pour rencontrer l'objectif de protéger la langue française au Québec, surtout dans le contexte où la loi viserait des géants mondiaux du commerce de détail.

La langue de travail

La seconde affaire porte sur la langue au travail. L'article 46 de la *Charte de la langue française* interdit aux employeurs d'exiger la connaissance d'une langue autre que la langue officielle (le français) dans un recrutement, sauf si cette connaissance est nécessaire pour l'emploi. En cas d'allégation de manquement à cette obligation, il est possible de loger une plainte devant un arbitre du travail qui la tranchera en fonction des conventions collectives et de la loi. Selon la nouvelle jurisprudence de droit administratif, les sentences arbitrales sont généralement à l'abri de la révision judiciaire, sauf si elles sont « déraisonnables »¹¹. Cette règle de révision judiciaire a pour but de préserver l'autonomie des arbitres et respecter leur champ d'expertise. Or voici que la ville de Gatineau, voisine d'Ottawa, a annoncé un poste de commis aux finances exigeant le bilinguisme français/anglais. La raison invoquée par la ville est que le poste nécessite un contact avec la population dont une certaine proportion est anglophone. Le syndicat a logé une plainte et l'arbitre a interprété le mot « nécessaire » d'une façon restrictive : la connaissance de l'anglais ne serait nécessaire que si une loi d'ordre public conférerait un droit aux personnes d'être servies en anglais (ce qui n'est pas le cas) ou si la connaissance de l'anglais était requise pour exercer les fonctions rattachées au poste, par exemple la traduction (ce qui n'est pas le cas non plus).

En révision judiciaire devant la Cour supérieure, la ville a plaidé entre autres que les arbitres examinant l'article 46 avaient des opinions divergentes autour du sens à donner au mot « nécessité » et que certains considéraient que si le ou la titulaire

⁹ Paragraphe 16(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*; *Gaganov c Russell*, 2012 ONCA 409, 293 OAC 340.

¹⁰ *RJR Macdonald c Canada*, [1995] 3 RCS 199, 127 DLR (4^e) 1.

¹¹ *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 RCS 190 [*Dunsmuir*].

du poste est en contact avec un public anglophone, l'exigence devenait « nécessaire ». La Cour supérieure a statué que les divergences d'opinion entre arbitres ne constituaient pas en soi un motif de révision judiciaire et que, conformément aux principes de droit administratif, l'interprétation donnée ici n'était pas « déraisonnable »¹². La ville a annoncé qu'elle ferait appel et la Cour d'appel du Québec vient de donner la permission d'appel¹³.

L'enjeu de cette affaire porte sur les règles d'interprétation à donner aux droits linguistiques dans le secteur privé : si on leur applique les mêmes notions que pour les langues officielles, les droits linguistiques s'interprètent selon leur objet, qui est l'épanouissement des minorités linguistiques¹⁴. Si par contre on considère que la « nécessité » est une exception à la règle, on interprète les exceptions de manière restrictive¹⁵. Cela soulève aussi la question de savoir si les anglophones de Gatineau sont une « minorité » en ce sens, puisqu'ils sont majoritaires en Amérique mais minoritaires dans la ville. De plus, la Cour d'appel devra statuer sur la légalité de l'interprétation restrictive de l'arbitre : est-ce une interprétation « raisonnable », que le texte peut supporter? Ou une interprétation qui ne peut pas s'appuyer sur une lecture cohérente du texte? Si on envisage la mesure non plus comme une restriction à un droit de gérance dans l'optique du droit du travail, mais plutôt comme une mesure d'équilibre entre la promotion du français et l'« esprit de justice et d'ouverture » manifesté par le préambule de la *Charte de la langue française*¹⁶, l'interprétation restrictive pourrait s'avérer déraisonnable, non parce qu'elle diffère de l'interprétation plus libérale adoptée par certains arbitres, mais parce qu'elle ne s'accorde pas avec les règles usuelles d'interprétation en matière linguistique.

Les tentatives de légiférer concernant l'usage des langues dans le secteur privé soulèvent donc des considérations qui mettent en jeu des principes fondamentaux de droit constitutionnel et de droit administratif, rendant la ligne entre le droit public et le droit privé plus mince et poreuse que ne l'enseignent les manuels de droit classiques! Ces affaires mettent aussi en lumière, une fois de plus, l'importance des règles d'interprétation en matière de droits linguistiques et de réglementation des langues par le droit.

¹² *Gatineau c Turcotte*, 2015 QCCS 3066, [2015] JQ n° 6123 (QL).

¹³ « Bilinguisme à Gatineau : La Cour d'appel entendra la ville », en ligne : <http://www.lapresse.ca/le-droit/actualites/ville-de-gatineau/201509/17/01-4901606-bilinguisme-a-gatineau-la-cour-dappel-entendra-la-ville.php> [accès 22 septembre 2015]. La permission d'appel a été accordée le 16 septembre 2015.

¹⁴ *R c Beaulac*, [1999] 1 RCS 768, 173 DLR (4^e) 193.

¹⁵ *Dunsmuir*, *supra* note 11 au para 43.

¹⁶ *Best Buy*, *supra* note 2 aux para 7 et 8.

La privatisation des services de traduction du gouvernement du Nouveau-Brunswick et la traduction des jugements

Michel Doucet

Professeur titulaire et directeur de l'Observatoire international des droits linguistiques
Faculté de droit, Université de Moncton

Introduction

Le gouvernement du Nouveau-Brunswick a récemment publié un appel d'intérêt à l'intention des fournisseurs de services de traduction. Il souhaite recueillir de l'information en vue de remplacer éventuellement son modèle à plusieurs partenaires par un modèle où les services de traduction des documents émanant du gouvernement du Nouveau-Brunswick seraient fournis par un seul fournisseur. Le gouvernement du Nouveau-Brunswick dit ne pas avoir pris de décision définitive, mais il admet qu'il envisage de recourir à un fournisseur unique pour assurer la traduction de tous les documents, y compris les jugements des tribunaux. Bien que nous ne voulions pas minimiser l'effet que cette décision pourrait avoir sur l'accès à l'ensemble des services publics de qualité égale dans les deux langues officielles, nous sommes particulièrement préoccupés par son effet sur la qualité de la traduction des jugements des tribunaux et, par le fait même, sur l'accès à la justice dans les deux langues officielles.

La traduction des jugements dans un régime de bilinguisme judiciaire

Dans un régime de bilinguisme judiciaire de common law, tel celui qui existe au Nouveau-Brunswick, il est important que nous puissions nous fier à l'authenticité d'une décision judiciaire dans la langue officielle de notre choix; il s'agit là d'une question d'égalité. Par conséquent, le fait qu'une version soit la traduction de l'autre ne devrait avoir aucune conséquence et les deux versions devraient, à l'instar des lois, avoir égale autorité. Comme l'explique Michel Bastarache :

L'exigence voulant que les textes juridiques faisant foi soient également accessibles à ceux qui parlent français et anglais tire son importance de l'engagement du Canada envers l'égale valeur de ces langues et leur importance pour l'épanouissement personnel.

[...]

[U]ne décision judiciaire, une fois rendue, fait partie du droit. Cela est particulièrement vrai des matières de common law. Ce fait souligne à nouveau qu'il est essentiel de reconnaître que des raisons importantes justifient de considérer les jugements comme des documents entièrement bilingues dont les deux versions font autorité¹.

L'égle autorité des textes législatifs bilingues est une règle bien ancrée au Canada. Elle peut être ainsi formulée :

[L]a règle d'égle autorité s'applique à la législation bilingue : les deux versions constituent deux énoncés de la loi aussi valables l'un que l'autre; elles ont une même valeur et ont toutes deux force de loi; aucune n'est considérée comme la traduction de l'autre; et aucune ne doit être considérée comme ayant à première vue préséance sur l'autre².

Cette règle s'applique évidemment à la législation du Nouveau-Brunswick³. Étant donné l'importance des décisions judiciaires dans un régime de common law, il est pour le moins étonnant qu'aucune règle de la sorte n'existe pour celles-ci. Il est vrai qu'au Nouveau-Brunswick, l'obligation de publier les décisions judiciaires dans les deux langues officielles diffère de l'obligation de publier les textes législatifs dans les deux langues officielles, car la première tire son origine de la *Loi sur les langues officielles*⁴, tandis que la seconde tire sa source de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Toutefois, cette différence d'origine ne saurait, à notre avis, avoir d'influence sur la question que nous soulevons. Il est également vrai qu'en matière de décisions judiciaires bilingues, la règle d'égle autorité n'a pas été exprimée aussi clairement qu'au sujet de la publication en français et en anglais des lois. Or, il est également légitime de se demander à quoi servent les traductions de ces jugements si les deux versions des décisions judiciaires n'ont pas une autorité égale? Ne pas reconnaître, dans ce cas, le

¹ Michel Bastarache et al, *Le droit de l'interprétation bilingue*, 1^{re} éd, Montréal (Qc), LexisNexis, 2009 aux pp 119-21.

² *Ibid* à la p 28.

³ *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11, art 18(2) : « Les lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux de la Législature du Nouveau-Brunswick sont imprimés et publiés en français et en anglais, les deux versions des lois ayant également force de loi et celles des autres documents ayant même valeur ».

⁴ LN-B 2002, c O-0.5, art 24-25.

principe d'égle autorité ne va-t-il pas à l'encontre de l'égalité réelle reconnue aux articles 16 et 16.1 de la *Charte*?

Nous sommes d'avis, dans le cas des décisions judiciaires bilingues, que la règle d'égle autorité tire son origine du principe d'égalité réelle consacré aux articles 16 et 16.1 de la *Charte*. Par exemple, le paragraphe 16(2) énonce clairement que le français et l'anglais sont les langues officielles du Nouveau-Brunswick et qu'ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions de la Législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick. Puisque les tribunaux sont des institutions aux sens de cette disposition, les deux langues officielles doivent pouvoir bénéficier d'une égalité de statut quant à leur usage devant ces tribunaux. Comment peut-on parler d'une égalité si l'une de ces langues est défavorisée lorsque vient le temps de se fier à la version d'une décision judiciaire traduite dans cette langue? Nous pouvons tirer la même conclusion à partir de l'article 16.1, qui prévoit que la communauté linguistique française et la communauté linguistique anglaise du Nouveau-Brunswick ont un statut et des droits et privilèges égaux. Si tel est le cas, le justiciable de l'une ou l'autre de ces communautés ne devrait-il pas être en mesure de se fier à la version des décisions judiciaires produites dans sa langue, qu'elles soient le fruit de la traduction ou non?

La règle d'égle autorité des deux versions linguistiques des décisions judiciaires est également exprimée à l'article 18 de la *Loi sur les langues officielles*. Cette disposition prévoit que nul ne doit être défavorisé en raison de la langue officielle qu'il a choisie dans une instance judiciaire. Par conséquent, ne pas reconnaître la règle d'égle autorité dans le cas d'un jugement traduit en français a pour effet de défavoriser le justiciable francophone et de le forcer à utiliser ou à faire référence à la version officielle anglaise de la décision, contrairement au droit qui lui est reconnu à l'article 18 de cette loi.

Étant donné le rôle important qu'occupent les traductions des décisions judiciaires dans le régime de bilinguisme judiciaire du Nouveau-Brunswick, il ne fait aucun doute que la qualité de ces traductions est cause d'inquiétude particulière et légitime. Il est essentiel que tous les intervenants de l'appareil judiciaire et tous les justiciables aient accès, sur un pied d'égalité, à la jurisprudence dans leur langue et puissent s'y fier. La traduction des décisions de justice joue un rôle primordial dans l'aménagement du discours jurisprudentiel et de la langue du droit. La traduction juridique est une activité spécialisée qu'il convient de confier à des spécialistes en la matière. Tout comme on ne consulte pas un médecin généraliste pour le traitement de maladies dont il n'a pas une connaissance spécialisée, on ne confie pas à des généralistes la traduction de documents

juridiques, car ils n'ont pas les connaissances ou compétences nécessaires pour les comprendre et les traduire correctement.

La traduction juridique doit s'inscrire dans le contexte juridique et social de la province d'où elle émane. Elle est porteuse de conséquences pour le justiciable. En vertu du principe de l'égalité réelle, il ne fait aucun doute que l'accès égal à des textes de qualité égale est la norme à respecter en matière de traduction juridique.

Conclusion

L'égalité réelle des langues officielles signifie que les deux communautés linguistiques doivent avoir accès, dans leur langue, à des décisions judiciaires auxquelles elles peuvent se fier. Le respect de ce principe est essentiel à la réalisation de cette égalité. Les pressions budgétaires ne constituent pas, en droit, des raisons valables pour négliger les obligations législatives et constitutionnelles qui sont celles de la province. Il est essentiel que le gouvernement du Nouveau-Brunswick confie la traduction des décisions de justice à des experts reconnus en matière de droit néobrunswickois et de français juridique, pour le bien de la province et de tous ses citoyens. Il lui incombe de respecter ses obligations constitutionnelles et législatives et de défendre les valeurs qu'il prône au chapitre de l'égalité linguistique.

Somme toute, la recherche d'économies monétaires immédiates sans prendre en compte la dynamique au sein de laquelle doit se faire la traduction juridique et judiciaire au Nouveau-Brunswick menace les droits linguistiques des citoyens du Nouveau-Brunswick. Les ramifications potentielles des décisions que la province prendra dans ce domaine suscitent donc de profondes inquiétudes.

Université en français à Ottawa : une garantie juridique

Pierre Foucher
Professeur, Faculté de droit, Université d'Ottawa

Le 25 septembre 2015, jour des Franco-ontariens, année du 40^e anniversaire du drapeau et du 400^e anniversaire de la présence française en Ontario, l'Université d'Ottawa annonçait en grande pompe qu'elle avait finalement, à sa seconde tentative, obtenu sa désignation partielle en vertu de la *Loi sur les services en français* de l'Ontario (LSF)¹. Au-delà de son caractère symbolique indéniable et de l'engagement moral que représente ce geste à l'endroit de la population franco-ontarienne et des francophones de tout le Canada, quelle est la portée juridique de la désignation?

Le système de désignation en vertu de la LSF et les universités ontariennes

La *Loi sur les langues officielles du Canada*² et la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*³ étendent l'obligation d'offrir des services dans la langue officielle choisie par les membres du public aux institutions privées qui agissent « pour le compte » du gouvernement fédéral ou néobrunswickois. Pour déterminer si un co-contractant ou un organisme privé qui dispense des services offerts au public agit vraiment « pour le compte » du gouvernement, il faut que les commissaires linguistiques impliqués, ou encore les tribunaux, appliquent certains critères pour déterminer si une entité agit vraiment « pour le compte » du gouvernement⁴. Cela crée une certaine insécurité juridique quant à la portée de ces lois.

L'Ontario étend aussi la portée de la LSF aux entités privées qui agissent pour le compte du gouvernement provincial⁵. Toutefois, la LSF prévoit un mécanisme

¹ *Loi sur les services en français de l'Ontario*, LRO c F.32 [LSF].

² *Loi sur les langues officielles*, LRC 1985, c O-1, art 25.

³ *Loi sur les langues officielles*, LRNB 2002, c O-0.5, art 30.

⁴ Voir *DesRochers c Canada (Industrie)*, [2007] 3 RCF 3 (Cour fédérale d'appel), qui explicite les critères pertinents.

⁵ *Règlement de l'Ontario 284-11, Prestation de services en français pour le compte d'organismes gouvernementaux*.

plus sûr pour identifier des entités privées à qui les obligations législatives vont s'appliquer : la désignation. L'alinéa 1c) de la LSF définit un organisme gouvernemental comme incluant « une personne morale à but non lucratif ou une organisation semblable, qui fournit un service au public, reçoit des subventions qui sont prélevées en tout ou en partie sur les deniers publics, et est désignée par les règlements en tant qu'organisme offrant des services publics »⁶. C'est le cas d'une université ontarienne. La désignation est effectuée par règlement adopté par le Lieutenant-gouverneur en conseil⁷. Un tel règlement est recommandé par la ministre déléguée aux Affaires francophones, qui agit après que les fonctionnaires de l'Office des affaires francophones aient analysé la demande et l'aient jugée admissible⁸. L'Office utilise les critères suivants pour décider qu'une demande est admissible à la désignation :

- « Offrir des services en français de qualité et de façon permanente et prouver que les employés possèdent les compétences exigées en français afin d'offrir ces services.
- Garantir l'accès à ses services en français et respecter le principe de l'offre active de services.
- La représentation des francophones au conseil d'administration et aux comités de ce conseil doit refléter la proportion de la communauté francophone au sein de la population desservie.
- Présenter, tous les trois ans, une résolution du conseil d'administration attestant que l'organisme a continué de respecter les critères de désignation et que le conseil d'administration et la haute direction sont conscients des conséquences légales d'une fausse attestation, y compris d'éventuelles plaintes auprès du commissaire aux services en français »⁹.

S'agissant des universités, la LSF précise ce qui suit : « Le règlement pris en application de la présente loi et qui s'applique à une université n'entre pas en vigueur sans le consentement de l'université »¹⁰. Les universités doivent donc, en pratique, demander leur désignation.

Une institution désignée est assujettie aux mêmes obligations que les organismes qui relèvent directement du gouvernement, dans la mesure de la désignation. Elle doit offrir les services désignés en français. Elle ne peut cesser de les offrir sans

⁶ LSF, *supra* note 1, art 1c).

⁷ *Ibid*, art 8.

⁸ *Ibid*, art 11(4) et art 12.

⁹ Office des affaires francophones, critères de désignation, en ligne : <http://www.ofa.gov.on.ca/fr/loi-organismes.html> [accédé le 29 septembre 2015].

¹⁰ LSF, *supra* note 1, art 9(2).

contrevenir à la LSF. Si des services ne sont plus offerts mais font l'objet d'une désignation, un nouveau règlement doit être adopté pour retirer la désignation. C'est d'ailleurs l'argument juridique ayant permis à la Cour d'appel de l'Ontario de déclarer que la fermeture de l'hôpital Montfort, une institution désignée en vertu de la LSF, était illégale : aucun règlement n'avait été présenté pour retirer la désignation¹¹. D'ailleurs, si un tel règlement avait effectivement été déposé, le gouvernement aurait dû expliquer comment les services en français assurés à Montfort allaient être dispensés ailleurs et en quoi une telle mesure aurait été raisonnable et justifiable¹².

Désigner l'Université d'Ottawa

La *Loi sur l'Université d'Ottawa* contient une disposition qui établit l'une des missions de l'institution : « Favoriser le développement du bilinguisme et du biculturalisme, préserver et développer la culture française en Ontario »¹³. L'Université a mis sur pied une commission des affaires francophones, un comité relevant du Sénat académique, afin d'étudier toute question relative à cet aspect de son mandat. La Commission a obtenu un avis juridique, qu'elle a rendu public, recommandant à l'institution de procéder à une demande de désignation en vertu de la LSF¹⁴. La première demande a été jugée incomplète par l'Office des affaires francophones qui a renvoyé l'Université à ses devoirs. Le défi consistait à profiter des avantages de la LSF tout en préservant l'autonomie interne de l'institution – l'autonomie interne des universités est reconnue par la jurisprudence canadienne¹⁵. Le règlement de désignation de l'Université d'Ottawa entrera en vigueur en janvier 2016.

Le règlement de désignation a partiellement réussi à atteindre cet équilibre. Le paragraphe 3(1) du règlement¹⁶ prévoit la désignation des services et facultés. L'alinéa 1 désigne tous les programmes de premier cycle offerts par sept des

¹¹ *Lalonde c Commission de restructuration*, (2001) 56 RJO (3^e) 577.

¹² LSF, *supra* note 1, art 7 et 10.

¹³ SO 1965, c 137, art 4 c).

¹⁴ Michel Bastarache, *Avis juridique concernant la désignation potentielle de l'Université d'Ottawa en vertu de la Loi sur les services en français*, en ligne : <http://www.uottawa.ca/governance/documents/avis-juridique-designation-lsf.pdf> [accédé 29 septembre 2015].

¹⁵ *McKinney c Board of Governors, University of Guelph*, [1990] 3 RCS 229.

¹⁶ Règlement de l'Ontario 276/15, art 1, modifiant le *Règlement : Désignation d'organismes offrant des services publics*, Règlement de l'Ontario 398/93 pour lui ajouter un article 3 portant sur l'Université d'Ottawa.

facultés¹⁷; l'alinéa 2 désigne deux programmes de premier cycle de la Faculté des sciences; l'alinéa 3 désigne un programme de premier cycle de la Faculté des sciences et la Faculté de Génie; l'alinéa 4 vise quatre autres programmes de la Faculté de Génie; l'alinéa 5 vise tous les services de secrétariat scolaire des Facultés visées aux articles 1 à 4; et à l'alinéa 6, tous les autres services fournis directement par l'Université aux étudiantes et aux étudiants, excluant cependant les programmes de sport compétitif.

Le paragraphe 3(2) prévoit la situation juridique pour l'année universitaire commençant le 1^{er} mai 2019 et les années subséquentes : la désignation est maintenue si le nombre d'étudiants inscrits en première année dudit programme en français, pour au moins une des trois années précédentes, est égal ou supérieur à cinq; si c'est un nouveau programme, la désignation est maintenue pour les 2^e et 3^e année du programme quel que soit le nombre d'inscriptions; et si une désignation tombe, elle ne revit pas même si le programme suscite cinq inscriptions ou plus en première année du programme dans les années suivant le retrait de désignation. Ainsi, au bout de trois ans, les programmes désignés qui n'ont pas maintenu au moins cinq inscriptions en première année, pendant une des trois années antérieures, perdent leur désignation et l'Université peut alors cesser de les offrir en français. Tout nouveau programme relevant d'une Faculté désignée doit par ailleurs être offert en français pendant au moins trois ans quel que soit le nombre d'inscription.

Le paragraphe 3(3) définit « année universitaire » et « étudiant à temps plein ».

Le paragraphe 3(4) vise le cas des programmes désignés offerts uniquement en français, comme la licence en droit civil, ou dans les deux langues : si le programme cesse d'être offert « dans quelque langue que ce soit », la désignation tombe. L'Université pourrait donc abolir un programme en anglais, ce qui retirerait la désignation de son pendant en français et paverait la voie à l'abolition de ce programme; il serait logique pour l'Université de ne pas maintenir un programme en français si elle décide de le supprimer en anglais. Cette exception apparaît contredire la garantie d'une offre minimale de trois ans. Un programme peut bien générer 50 inscriptions à temps plein, année après année : si l'Université décide de l'abolir, la désignation tombe automatiquement. La garantie ne protège donc que les programmes désignés qui existent (en janvier 2016) et, pour les Facultés qui n'ont pas restreint leur désignation de programmes en français, tous les programmes anciens qui maintiennent au moins cinq inscriptions à temps plein

¹⁷ Droit, sciences sociales, éducation, arts (sauf l'anglais), science de la santé, gestion et médecine.

dans les trois années précédentes ou tous les nouveaux programmes qui doivent alors être offerts en français pendant au moins trois ans (après avril 2019).

À l'égard des facultés et programmes désignés, la situation semble donc être la suivante : si l'Université offre un programme en anglais, elle doit aussi l'offrir en français pendant 3 années consécutives; pour les programmes existants qui sont désignés, ils doivent être offerts pendant les trois prochaines années, puis dans la mesure où ils ont attiré au moins cinq inscriptions d'étudiants à temps plein pendant les trois dernières années; et si l'Université décide de supprimer un programme, la désignation tombe automatiquement. Cette dernière mesure prévoit à l'avance les conséquences d'une suppression de programme. Cela semble contredire l'exigence de l'article 10 de la LSF qui impose une modification au règlement chaque fois qu'un organisme ou un service cesse d'être désigné. Mais puisque la possibilité est prévue à même le règlement, elle semble solide sur le plan juridique.

Le paragraphe 3(5) exclut de la désignation effectuée au paragraphe 3(1) certains programmes offerts par les facultés visées : les programmes de mineure; les programmes de certificat; les programmes destinés à pourvoir aux besoins des populations autochtones; les programmes pour lesquels un minimum de cours doit être suivi dans chacune des deux langues, quelle que soit la langue maternelle des étudiants; les programmes de langue, les programmes d'enseignement des langues et les programmes de traduction. Ces exclusions se justifient par les circonstances particulières de ces programmes.

Le paragraphe 3(6) exclut aussi de la désignation certaines composantes des programmes désignés, soit : les options (ce qui diminue l'ampleur de la désignation initiale); certains cours (cours de langue, cours en ligne ou à distance, cours dispensés dans une autre langue que le français ou l'anglais, cours offerts par d'autres établissements); les stages, l'enseignement clinique et les échanges à l'étranger.

Le paragraphe 3(7) limite la portée de la désignation aux programmes et services offerts au campus d'Ottawa.

Enfin le paragraphe 3(8) exclut de la désignation les cours et programmes qui ne sont offerts qu'en anglais, s'il est par ailleurs possible de compléter les exigences du programme (autres que les exclusions du paragraphe 3(6)) en suivant les cours en français. Autrement dit, tous les cours en anglais n'ont pas à être dédoublés en français si les étudiantes et les étudiants peuvent par ailleurs compléter les exigences obligatoires du programme avec des cours en français.

On remarquera que les centres et chaires de recherche ne sont pas désignés : c'est particulièrement curieux au sujet des centres et chaires qui fonctionnent en français ou dans les deux langues et mènent leurs projets autour des problématiques francophones. L'Université a annoncé qu'elle réviserait la situation dans trois ans et verrait si les programmes des cycles supérieurs ou d'autres programmes pourraient être désignés. Ce serait une bonne occasion d'inclure dans la désignation les centres et chaires de recherche axés sur la francophonie.

De même, les services offerts par des tiers ne sont pas désignés (cafétéria, restauration et bars, etc.). Malgré que dans sa politique linguistique l'Université impose des clauses linguistiques à ses sous-traitants, les résultats ne sont pas toujours probants.

Enfin, les services centraux qu'offre l'Université à son corps professoral et à son personnel ne sont pas couverts, non plus que la langue de fonctionnement de l'institution et de ses composantes. L'Université pratique à cet égard une politique de bilinguisme passif : les annonces sont bilingues, le français en premier; les participantes et participants aux réunions emploient la langue officielle de leur choix; les procès-verbaux sont rédigés dans l'une ou l'autre langue ou les deux, souvent avec des passages en français et d'autres en anglais.

La conséquence de la désignation est double : d'un côté, les services et programmes désignés sont assurés d'une certaine pérennité; de l'autre, les recours disponibles en cas de violation du règlement incluent dorénavant une plainte au Commissaire aux services en français. Ce dernier voudra probablement s'entendre avec la Commission des affaires francophones ou le bureau de l'Ombudsman de l'Université pour donner la possibilité d'épuiser les recours internes avant de s'adresser à lui. De plus, le Commissaire est redevable à l'Assemblée législative : il pourra donc rendre compte aux députés, dans ses rapports, de la conformité de l'Université à la LSF.

Puisque la LSF offre aux universités une certaine flexibilité dans le processus de désignation et puisque le Conseil des gouverneurs et le gouvernement ontarien ont accepté le contenu de la désignation, celle-ci est inattaquable sur le plan juridique. Seules des exigences constitutionnelles pourraient remettre en question son contenu, et nous n'en connaissons aucune.

Conclusion : les méandres d'une institution bilingue

L'identité de l'Université d'Ottawa s'articule autour de son bilinguisme. Elle se targue d'être la plus grande université bilingue (anglais/français) au monde. La formule alambiquée du règlement montre bien la difficulté d'une telle situation linguistique : s'agissant de l'hôpital Montfort, ou du Collège La Cité à Ottawa, toute l'institution est désignée aux fins de la prestation des programmes gouvernementaux. Une future université franco-ontarienne, dont on discute depuis quelques temps, obtiendrait probablement sa désignation en entier. Cette conception de la désignation élargit la dimension linguistique de l'offre de services à la dimension institutionnelle de pouvoir disposer d'une institution qui « appartient » à la communauté, au sens où elle la dirige et prend les décisions appropriées au sujet de son avenir et de ses orientations. L'approche prise à l'Université d'Ottawa est plus axée sur l'offre de programmes et services en français que sur la dimension de la gestion de l'institution.

Par contraste, l'Université de Moncton, au Nouveau-Brunswick, « est déclarée être une université de langue française au Nouveau-Brunswick, autorisée à décerner des grades »¹⁸. Si l'expression « une université de langue française » n'est pas définie dans cette loi d'intérêt privé, elle s'interprète néanmoins selon son sens courant, et signifie que ses programmes sont offerts en français, que la langue de travail y est le français et que son fonctionnement se déroule en français. Les universités sont des institutions homogènes où se déroulent des activités éducatives et à ce titre, leur caractère linguistiquement homogène est protégé par l'article 16.1 de la *Charte canadienne*. Les universités ont été consciemment exclues de l'application de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*. Au-delà de cette exigence, l'Université de Moncton demeure libre de sa gestion interne, et l'Assemblée législative ne modifiera la *Charte de l'Université* que si elle en reçoit la demande par l'Université. Il s'agit donc bien d'une institution acadienne au sens où l'entend la théorie de la complétude institutionnelle et l'article 16.1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Un des défis de la désignation de l'Université d'Ottawa consistait à préserver son autonomie tout en renforçant l'aspect francophone de son offre de services et programmes. L'un des architectes de la désignation, Sébastien Grammond de la Section de droit civil, affirmait au moment de l'annonce que le règlement avait réussi à trouver des solutions innovatrices dans un contexte décentralisé comme celui de la gestion universitaire et qu'il s'agissait d'un « plancher » et non d'un

¹⁸ *Loi sur l'Université de Moncton*, LNB 1986, c 94, art 2(2).

« plafond »¹⁹. L'avenir dira si cet équilibre a été préservé ou si la pérennité des programmes a été sacrifiée sur l'autel de l'autonomie interne.

¹⁹ Sébastien Grammond, *Désignée pour assurer l'avenir du français*, Le Droit d'Ottawa-Gatineau, 26 septembre 2015, en ligne : http://www.lapresse.ca/le-droit/opinions/votre-opinion/201509/26/01-4904159-designee-pour-assurer-lavenir-du-francais.php?utm_categorieinterne=trafficdrivers&utm_contenuinterne=cyberpresse_B13b_votre-opinion_651_section_POS1 [accédé le 29 septembre 2015].

Pourquoi faut-il encore avoir recours aux tribunaux pour assurer la mise en œuvre des droits linguistiques au Canada?

Michel Bastarache, avocat

On m'a demandé de parler de l'article 16 et de l'article 16.1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et de faire une comparaison entre la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* du Canada et la *Loi sur l'égalité des communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*.

À l'article 16, le constituant affirme que le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada et qu'elles ont un statut, des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada. Le libellé du paragraphe (2) est le même, le constituant y affirmant que l'anglais et le français sont les langues officielles du Nouveau-Brunswick. On a longtemps débattu de la question à savoir si cette disposition était de nature purement déclaratoire. Ceci nous amène à nous demander pourquoi nous avons des droits linguistiques.

D'après moi, l'article 16 crée des obligations spécifiques. Il est cependant vrai que cet article a aussi une valeur symbolique qui est loin d'être négligeable. Il impose à tout le moins l'égalité des langues. Puisqu'il s'agit d'une disposition constitutionnelle, il faut se demander s'il s'agit d'une notion de droit fondamental. Si le droit linguistique est un droit humain fondamental, il devrait s'agir d'un droit universel qui devrait trouver application dans tous les États où se trouvent des minorités linguistiques. Il ne devrait pas y avoir de condition à sa reconnaissance. Si les droits linguistiques sont des droits légaux, ils résultent de compromis politiques et tiennent leur importance de leur forme : ils peuvent être inscrits dans l'ordre constitutionnel ou dans des lois et pourront alors être fondamentaux ou non. Si les droits linguistiques sont avant tout de la nature de droits sociaux, leur justification doit se trouver dans la morale sociale et le devoir de les reconnaître comme un élément essentiel de la dignité humaine. Leur justification dans un tel cas ne tient pas à une condition de nombre ou d'efficacité.

La dimension collective du droit linguistique est assez apparente puisque la langue est avant tout un moyen de communication et un support pour les

caractéristiques culturelles d'une communauté. Il y a donc un paradoxe qui rend difficile l'objet des législations linguistiques de toutes natures. Le plus souvent, la reconnaissance de droits linguistiques résulte de situations politiques où une majorité linguistique fait face à des revendications. Les membres de la majorité ne sentent pas le besoin d'établir le droit à l'usage de leur langue, cela va de soi. Si la législation linguistique résulte de revendications, c'est normalement un signe clair qu'elle a pour but d'éviter les conflits sociaux en faisant échec à la discrimination plutôt que de faire référence à la volonté de promouvoir la diversité culturelle et l'inclusion des locuteurs de langues minoritaires dans la société civile. Il y a cependant bon nombre d'États où la législation linguistique est survenue dans un contexte de domination politique par une minorité, comme dans le cas du colonialisme.

On a depuis quelque temps reconnu aux Nations unies que l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* qui prévoit le droit pour les minorités linguistiques « d'avoir en commun avec les autres membres de leur groupe leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue » crée des obligations positives pour les États. Cette position est fondée sur la volonté de maintenir les langues et les cultures comme une richesse et de reconnaître le droit des minorités à l'existence et à la dignité.

Ceci me semble ne rien à voir avec les compromis politiques qui expliquent les droits constitutionnels en matière de langue au Canada. Les droits reconnus dans la *Loi constitutionnelle de 1867* sont simplement la reprise de droits reconnus à l'époque coloniale, des droits très limités qui servent à maintenir le statu quo après une période de troubles politiques. Ces anciennes lois résultaient de compromis politiques. La paix sociale viendra en 1867 du fait que le Québec aurait compétence sur les domaines qui importent au plan culturel. La Cour suprême du Canada verra en cela le devoir d'interpréter respectivement les droits linguistiques en 1986 dans les affaires *Société des Acadiens c. Association of Parents* et *MacDonald c. Ville de Montréal*. Il faut probablement conclure de tout ceci que le régime linguistique canadien n'a pas pour origine une assise morale. La discrimination dont font l'objet les francophones des maritimes, de l'Ontario et de l'Ouest est tolérée au début du XX^e siècle, les provinces adoptant souvent des lois visant l'assimilation totale de la minorité linguistique provinciale, surtout en matière d'éducation. Il faudra attendre 1969 pour trouver les premières lois linguistiques au plan fédéral et au Nouveau-Brunswick. Ces lois sont cependant écrites comme accordant des droits individuels spécifiques et non des droits collectifs. Le droit collectif est considéré comme un droit politique. On n'y

résiste. Pourquoi avons-nous des droits linguistiques? Pour des raisons historiques et politiques.

De fait, le sort des minorités francophones provinciales et territoriales ne sera changé qu'avec l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982, laquelle établit notamment le droit à l'instruction dans la langue de la minorité provinciale dans tout le Canada et augmente des obligations au bilinguisme du gouvernement fédéral et de celui du Nouveau-Brunswick. Si les droits linguistiques les plus importants sont maintenant inscrits dans la Constitution, est-ce à dire qu'il y a eu un changement fondamental d'orientation et que le Canada reconnaît le droit collectif au maintien de la culture minoritaire, un droit qui a son assise principale dans le droit à l'éducation, le droit à des écoles homogènes gérées par les représentants de la minorité linguistique? On peut en douter, d'une part parce que l'adoption de ces dispositions fait suite à un conflit constitutionnel avec le Québec et prend les airs d'un autre compromis politique, d'autre part parce que les provinces n'ont pas consenti à mettre en œuvre les nouveaux droits sans y être forcées par les tribunaux.

Ce sont de fait les tribunaux qui, dans leurs jugements, ont inscrit le fondement moral des droits et affirmé le devoir des gouvernements de promouvoir la diversité culturelle et le maintien des minorités de langues officielles. Le gouvernement fédéral a bien modifié sa *Loi sur les langues officielles* en 1988 et inscrit l'obligation de promotion après que le Québec eut adopté un régime linguistique très protecteur des droits et privilèges de la majorité linguistique pour protéger celle-ci contre les forces assimilatrices dans le contexte nord-américain. Il semble donc bien clair que les gouvernements n'ont pas volontairement adopté une philosophie au terme de laquelle on favoriserait le droit à l'expression chez la minorité linguistique pour faciliter sa participation aux affaires publiques et à l'économie.

La démocratie moderne au Canada comme ailleurs a besoin du judiciaire pour assurer le respect de la Constitution, y compris la *Charte canadienne des droits et libertés*. Au fond, la question tourne autour de la notion de révision constitutionnelle et, jusqu'à un certain point, de révision judiciaire. Ces notions sont en effet les plus importantes pour caractériser notre système juridique. Au Canada, la révision constitutionnelle est bien connue et depuis longtemps acceptée eu égard au partage des compétences, et autrefois la conformité des lois nationales avec les lois impériales. La *Charte canadienne des droits et libertés* a tout changé dans l'esprit des gens. Les décisions portant sur un document vague laissant une grande marge de manœuvre aux juges, qui feront appel aux principes généraux du droit, à des sources nouvelles du droit, et aussi à des considérations

historiques, culturelles, à des arrangements institutionnels, à des valeurs sociales, ont donné lieu à des débats nouveaux, même s'il faut reconnaître que le Comité judiciaire du conseil privé a lui aussi été très activiste en matière de fédéralisme, pour emprunter un terme moderne. Il y a aujourd'hui bien plus de décisions à prendre en raison de la reconnaissance de nouveaux droits individuels et de la possibilité élargie de contester les actes de l'administration publique. De là l'impression dans le grand public que les tribunaux sont saisis de toutes les questions importantes au plan social. Pas surprenant donc que ce soient les tribunaux qui établissent le fondement des droits linguistiques.

De fait, la question de la portée de l'article 16 consiste à savoir quelles sont les normes et valeurs en cause dans le processus judiciaire. Il est vrai que dans les pays de common law les juges ont toujours exercé un large pouvoir de faire le droit sans que l'on ne s'en inquiète, en tout cas moins que dans les pays où l'on a traditionnellement limité le rôle du juge de dernier niveau à interpréter la loi. Au fond, il est question ici de légitimité et nous cherchons toujours à savoir jusqu'où l'interprétation des lois peut aller pour autoriser la création de droits nouveaux, et quels sont les critères qui seront invoqués pour créer ce droit nouveau. Si l'on accepte que la loi constitutionnelle est un « arbre vivant », selon la formule de Lord Sanke, une série de normes qui doivent être constamment ajustées en fonction de l'évolution des valeurs morales et sociales, il est néanmoins certain que les tribunaux ne doivent pas réécrire la Constitution et qu'ils doivent, en matière de droits statutaires, respecter la volonté du Parlement et des législatures. Il reste que la valeur symbolique de la *Charte*, l'importance incontestable des principes fondamentaux du droit et la culture des droits qui a cours ont imprégné tout l'exercice d'interprétation statutaire. Les tribunaux sont au cœur du régime linguistique.

Puisque les droits linguistiques existent depuis aussi longtemps, comment se fait-il que nous continuons d'avoir recours aux tribunaux pour assurer la mise en œuvre des droits linguistiques? Dans un pays comme le Canada, il est difficile pour plusieurs d'accepter que les principes sous-jacents de la Constitution et les principes non écrits qui découlent du préambule de la Constitution serviront, au gré de la Cour suprême du Canada, à fixer les limites parce que cela signifie que la Cour aurait un pouvoir discrétionnaire excessif. Pour certains cela revient à dire qu'il y a une common law de la Constitution dont décide la Cour elle-même. En pratique, je le mentionnais plus tôt, la situation du Canada est paradoxale en ce sens que le discours juridique n'est souvent pas compatible avec le discours politique, du moins jusqu'à une période très récente. Souvent le discours politique ne rejoint pas le discours juridique parce que les plaidoiries ne sont pas conformes aux énoncés politiques. C'est qu'il y a toujours un écart entre l'égalité juridique

formelle et l'égalité réelle. Les récentes causes linguistiques aux Territoires du Nord-Ouest et au Yukon illustrent très bien l'approche formelle des gouvernements face à la volonté des communautés minoritaires d'obtenir l'égalité réelle.

Il est certain que la judiciarisation des grands enjeux sociaux a été avantageuse pour les minorités linguistiques. Ceci a même provoqué des réactions chez une partie de la population qui s'inquiète de la montée en pouvoir des juges. Mais en général la population semble satisfaite du nouvel ordre social et préfèrent une protection judiciaire contre les excès de l'administration publique. Est-ce que les normes et valeurs qui expliquent les décisions judiciaires signalent un véritable changement vis-à-vis les droits linguistiques?

Ce qui est significatif, c'est que la protection des minorités linguistiques a obtenu un nouvel appui dans la décision de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Dans cet avis constitutionnel, la Cour affirme que la protection des minorités est un principe non écrit de la Constitution, une affirmation qui aurait le potentiel de changer les mentalités et de favoriser l'avènement d'une nouvelle culture politique. Nous sommes dans une situation unique. Malgré cette décision historique et les nouvelles lois, malgré les interprétations libérales des tribunaux, les minorités restent encore victimes d'un sentiment d'insécurité. C'est que l'on craint que les attentes et attitudes des groupes linguistiques ne soient pas changées de façon fondamentale. Le régime fédéral tente dans son discours de mettre l'accent sur la sécurité culturelle et l'intégration sociale des minorités linguistiques. Le problème de non-usage suffisant du français, affirme-t-on, n'est pas le résultat de la prohibition de l'utilisation de la langue minoritaire, mais de conditions sociales qui rendent l'égalité des chances illusoire pour qui ne veut pas employer la langue majoritaire. En d'autres mots, le problème persiste, mais ce n'est pas de notre faute.

On peut certainement constater une évolution dans la reconnaissance des droits linguistiques. On a commencé par la reconnaissance de l'égalité des langues indépendamment des locuteurs. Cette thèse réductrice a permis de décider que le droit d'employer le français ou l'anglais devant le tribunal était un droit reconnu non seulement aux justiciables mais à tous les participants au processus judiciaire. Elle a permis de conclure que le droit d'utiliser la langue ne comprenait pas le droit d'être compris. On s'est défait de cette vision des choses pour reconnaître l'égalité des locuteurs, notamment le droit de choisir l'une ou l'autre langue sans être désavantagé. Plus récemment, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *R. c. Beaulac*, a reconnu que le droit au procès dans la langue de son choix est un droit collectif et qu'il comprend l'obligation pour le gouvernement de fournir une

structure institutionnelle d'accueil pour les locuteurs des deux langues et non un simple accommodement pour chacun. Il s'agit donc du passage de l'obligation de ne pas nuire à l'obligation d'agir.

Tranquillement, on semble se faire à l'idée que le droit linguistique vise la sécurité culturelle et le respect de la dignité des personnes, et le droit à l'expression. En ce sens on favorise maintenant l'objectif d'intégration. Le problème qui subsiste, à mon point de vue, c'est que chez les gouvernements il y a une crainte persistante que la revendication pour des services va se transformer en revendications pour une certaine autonomie, laquelle trouve forme maintenant dans le droit à des écoles, des médias, des hôpitaux... L'autonomie pourrait signifier le droit à la gestion de certains services publics, ou du moins à leur réorganisation. La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Desrochers c. Canada (Industrie)* alimente peut-être les craintes du gouvernement. Jusqu'à preuve du contraire, il est donc clair que les minorités linguistiques devront encore recourir aux tribunaux.

Voilà le contexte dans lequel on doit interpréter l'article 16.1. Celui-ci établit que la communauté linguistique française et la communauté linguistique anglaise du Nouveau-Brunswick ont un statut et des droits et privilèges égaux, notamment le droit à des institutions d'enseignement distinctes et aux institutions culturelles distinctes nécessaires à leur protection et à leur promotion. Au deuxième paragraphe, on affirme que le rôle de la législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick est de protéger et de promouvoir le statut, les droits et les privilèges visés au paragraphe un. Cet article reprend certains éléments de la *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*, puisqu'il reconnaît l'égalité de statut, de droits et de privilèges des communautés linguistiques francophones. L'égalité effective telle qu'envisagée par l'article 16.1 impose-t-elle au gouvernement l'obligation positive de voir à l'avancement de l'égalité des communautés linguistiques? La question nous porte à nous interroger sur ce que l'on entend au juste par l'égalité entre deux communautés. Elle est certainement difficile à mesurer; s'agit-il de l'égalité d'accès des individus à un même service? Le paragraphe ne vise pas directement les institutions gouvernementales du Nouveau-Brunswick chargées des services sociaux et de santé. L'omission est sans doute volontaire parce que le paragraphe a pour objet la sécurité culturelle et la protection des langues officielles et non la prestation de services particuliers. Le seul arrêt qui ait traité en profondeur de cette disposition est l'arrêt *Moncton (Ville) c. Charlebois*, un arrêt où la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick était appelée à décider si les municipalités du Nouveau-Brunswick sont soumises aux dispositions de la *Charte* garantissant les droits linguistiques. Après s'être penché sur l'historique législatif,

le juge Daigle a interprété l'article 16.1 de la *Charte*. Selon lui, le principe d'égalité des communautés linguistiques permet de mieux cerner l'objet des droits linguistiques et contribue en outre à les interpréter. Cet article témoigne de l'engagement du législateur envers l'égalité des communautés de langues officielles. Selon lui, l'interprétation de cet article est liée à l'interprétation du paragraphe 16(2) et doit tenir compte des conclusions de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Beaulac* quant à la nature et à la portée du principe d'égalité. Il affirme que cet article impose au gouvernement provincial l'obligation de prendre des mesures positives destinées à assurer que la communauté de langue officielle minoritaire ait un statut et des droits et privilèges égaux à ceux de la communauté de langue officielle majoritaire... Le principe de l'égalité des deux communautés linguistiques est une notion dynamique, dit-il.

Il est légitime de se demander s'il y a une similarité entre la *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick* et la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* du Canada. Pour bien comprendre la partie VII, je crois qu'il est intéressant de se référer à la position du gouvernement du Canada dans l'affaire *ACFC c. Canada* en date du 30 octobre 2007. L'affaire portait sur l'abolition du programme de contestations judiciaires. Le procureur général y affirme qu'il y a une grande différence entre la partie VII et la partie IV de la *Loi sur les langues officielles*, que la partie IV comporte des droits individuels bien identifiables qui sont de nature civile. Par ailleurs, il considère que la partie VII est une déclaration de principe qui engage le gouvernement à prendre des mesures pour réaliser l'objet de la partie VII, ces mesures étant discrétionnaires. La modification législative qui a ouvert la voie à la révision judiciaire n'aurait pas changé la nature des droits. Les tribunaux n'auraient pas compétence pour décider si une mesure en particulier est compatible avec la partie VII. Son rôle serait seulement de vérifier si le ministère du patrimoine a adopté un programme d'appui aux minorités linguistiques et si les ministères et agences du gouvernement ont préparé et déposé un plan de mise en œuvre. L'évaluation serait très globale.

Je crois que cette approche est déficiente pour deux raisons : d'abord, on se méprend sur la portée des droits dans la partie IV en appliquant les règles d'interprétation de façon fautive et en ignorant la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, surtout dans les arrêts *Beaulac* et *Desrochers*. L'approche contextuelle et progressive qui a permis de passer de l'égalité des langues à l'égalité des locuteurs, de l'égalité formelle à l'égalité réelle, du devoir de communiquer au devoir de créer un système institutionnel qui permet l'accès égal aux services plutôt que l'accommodement ne peut être ignorée. L'article 20 exige que l'on tienne compte du fait qu'il y a deux communautés linguistiques à

desservir, chacun ayant des caractéristiques et des besoins distincts. Cela étant, il est clair que la partie VII signifie autre chose, soit que le gouvernement doit être proactif et prendre des mesures visant à promouvoir l'usage de la langue minoritaire et la préservation de la communauté minoritaire. Ce sont des droits de nature sociale qui se confondent avec le devoir d'agir du gouvernement. Je ne pense pas que les tribunaux soient aussi limités dans leurs interventions ; si c'était le cas, l'ajout de la partie VII ne voudrait rien dire.

Que signifie « prendre des mesures positives »? Le procureur général dit que c'est d'adopter le plan décrit dans la partie VII. Ce n'est pas cela. C'est de s'assurer que le ministère a mis en place un système qui assure la prestation de services correspondant à son mandat de façon à ce qu'il soit accessible de façon réelle et adaptée aux besoins de la minorité linguistique, que les décisions ministérielles ne soient pas susceptibles de nuire aux minorités. La *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick* fait office de partie VII. Suite à une poursuite contre le gouvernement du Nouveau-Brunswick pour avoir aboli les organismes francophones en matière de santé, pour avoir mis en place une structure centralisée de services bilingue, pour n'avoir pas reconnu les droits collectifs de la minorité, le gouvernement a été obligé de reculer et de légiférer de manière conforme aux obligations découlant de la *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*. Bien que cette affaire n'ait pas mené à une décision judiciaire, il est clair que le gouvernement a dû reconnaître son devoir d'agir et de mettre de côté l'idée que la *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick* est purement déclaratoire.

Il me semble qu'il faille de la même manière donner un sens véritable à la partie VII; elle doit permettre d'évoluer vers un système plus sensible aux besoins institutionnels des minorités linguistiques. Je crois que certains des propos de la juge Charron dans l'affaire *Desrochers* vont dans ce sens. À la lumière de l'arrêt *Desrochers*, il me semble que les obligations des organismes gouvernementaux sont claires. Ils devraient adopter une norme d'égalité réelle et non formelle, le service n'étant pas suffisant s'il reproduit celui qui existe dans l'autre langue sans tenir compte des besoins particuliers de la clientèle. Ils devraient tenir compte au plan institutionnel du fait qu'il y a deux communautés linguistiques à desservir et qu'il faut que l'appareil gouvernemental offre un accès égal et non un accommodement à la minorité linguistique. Ils devraient chercher à connaître, lors de la conception du service, les besoins particuliers de la minorité et adapter ce service pour en tenir compte. Ils devraient rendre le service existant aussi accessible et aussi valable que dans l'autre langue dans la mesure du raisonnable, et non établir des services parallèles différents, subsidiaires. À ceux qui pensent

encore que la partie VII ne constitue qu'une déclaration politique, il faut rappeler qu'un amendement législatif prévoit que son application est sujette à révision judiciaire depuis 2005. La partie VII a un effet normatif.

Ce n'est pas parce que les dispositions législatives qui prévoient la prestation des services fédéraux sont fondées sur la demande qu'il faut croire qu'il n'y a pas d'obligation d'offre active. Il a été démontré maintes fois que la demande de services est générée par l'offre de services, et que l'offre potentielle ne doit pas être évaluée de façon restrictive. L'expérience de la mise en œuvre de l'article 23 est concluante. Aujourd'hui, il me semble que la réglementation fédérale prévoit que la demande n'existe que lorsqu'elle satisfait les critères financiers et administratifs du gouvernement et non les besoins d'une minorité dont la vitalité peut être démontrée. La résistance du gouvernement aux amendements législatifs proposés par la sénatrice Chaput me semble faire la preuve que les attitudes n'ont pas encore changé de façon importante au gouvernement fédéral. Il faut croire que nous devons encore recourir aux tribunaux...

**L'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'admission
des non-ayants droit à l'école francophone**

Michel Doucet

Professeur titulaire et directeur de l'Observatoire international des droits
linguistiques

Faculté de droit, Université de Moncton

L'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ accorde des droits à certains groupes de parents admissibles² qu'on dénomme les ayants droit. Cela soulève la question de savoir si l'article 23 n'a pour effet de limiter l'accès aux écoles de la minorité de langue officielle qu'aux enfants dont les parents sont des ayants droit? L'article soulève également la question à savoir si les commissions scolaires de la minorité de langue officielle peuvent unilatéralement établir, dans l'exercice de leur pouvoir de gestion³, les critères pour l'admission à l'école francophone des enfants dont les parents sont des non-ayants droit et s'ils peuvent tenir compte de ces non-ayants droit dans la détermination du « nombre d'enfants » justifiant l'instruction dans la langue de la minorité selon les alinéas 23(3) a) et b)?

Dans *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale)*, la Cour suprême du Canada reconnaît qu'une province ou un territoire peut déléguer à une commission scolaire la fonction de fixer les critères d'admission à l'égard des enfants de non-ayants droit : « Par cette

¹ *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [Charte].

² Le droit de faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province appartient aux citoyens canadiens (critère général) :

- 1 dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident (alinéa 23 (1)a));
- 2 aux parents qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province (alinéa 23(1)b)); et,
- 3 dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au primaire ou au secondaire, en français ou en anglais au Canada (par. 23 (2)).

³ Voir, entre autres, *Mahé c Alberta*, [1990] 1 RCS 342, 68 DLR (4^e) 69 [Mahé]; *Arsenault-Cameron c Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, [2000] 1 RCS 3 [Arsenault-Cameron].

délégation, on peut conférer à une commission scolaire de la minorité linguistique un large pouvoir discrétionnaire pour admettre les enfants de non-ayants droit »⁴. Elle ajoute également :

Il ne fait également aucun doute qu'une province ou un territoire puisse adopter une loi qui offre de plus grandes protections que celles garanties par la *Charte*. L'article 23 prévoit un minimum constitutionnel. Deux importants corollaires en découlent. Premièrement, comme la *Charte* énonce les normes minimales auxquelles la loi doit se conformer, toute loi qui ne respecte pas ces normes contrevient à la *Charte* et est présumée inconstitutionnelle. Deuxièmement, comme la *Charte* énonce uniquement les normes minimales, elle n'empêche pas la loi d'aller au-delà des droits élémentaires reconnus dans la *Charte* et d'offrir d'autres protections⁵.

La réponse législative à la question de savoir si les enfants des non-ayants droit sont admissibles à l'école francophone peut donc varier énormément d'une province à l'autre. À un extrême, nous avons le Québec qui, avec la *Charte de la langue française*, a choisi une démarche minimale en imposant l'instruction en français, la langue de majorité dans cette province au sens de l'article 23, à presque tous les enfants de parents non admissibles⁶. La Nouvelle-Écosse semble également avoir fait le même choix⁷. Pareillement, au Yukon, les critères d'admission à l'école de langue française sont établis dans le *Règlement sur l'instruction en français*⁸ et limite l'accès uniquement aux enfants de parents ayants droit.

À l'autre extrême, nous avons le Nouveau-Brunswick où les enfants de parents anglophones non-ayants droit ont le droit d'être instruits dans la langue de la minorité s'ils sont en mesure de prouver que l'enfant « a une compétence linguistique suffisante » de la langue de fonctionnement de l'école⁹. Les enfants qui ne parlent ni l'une ni l'autre des langues officielles sont toutefois admissibles sans vérification de leur compétence linguistique¹⁰.

⁴ 2015 CSC 25, [2015] 2 RCS 282 au para 69 [*Commission scolaire francophone du Yukon*].

⁵ *Ibid* au para 70.

⁶ Voir *Charte de la langue française*, LRQ, c C-11, art 72-88.

⁷ *Education Act*, SNS 1995-96, c 1, art 12.

⁸ *Règlement sur l'instruction en français*, YD 1996/99.

⁹ *Loi sur l'éducation*, LN-B 1997, c E-1.12, art 5(1)b) [*Loi sur l'éducation*].

¹⁰ *Ibid*, art 5(1)b).

Certaines provinces ont accepté de conférer aux commissions scolaires de langue minoritaire un large pouvoir discrétionnaire pour admettre les enfants de non-ayants droit. L'article 293 de la *Loi sur l'éducation* de l'Ontario¹¹, par exemple, prévoit la constitution d'un comité d'admission pour évaluer ces demandes. Au Manitoba, le paragraphe 21.15(5) de la *Loi sur les écoles publiques*¹² autorise la commission scolaire de langue française à admettre tout enfant sur présentation d'une demande écrite d'admission.

D'autres provinces, bien qu'elles aient conféré aux commissions scolaires de la minorité linguistique un pouvoir sur les admissions, ont néanmoins imposé des limites précises à l'exercice de ce pouvoir. À l'Île-du-Prince-Édouard, par exemple, la commission scolaire de langue française peut admettre des enfants dont les parents ne sont pas titulaires des droits reconnus à l'article 23, mais ces enfants doivent d'abord être exemptés par la commission de langue anglaise¹³. Un régime similaire existe également en Saskatchewan¹⁴. En Colombie-Britannique, le conseil scolaire francophone a le pouvoir discrétionnaire d'admettre l'enfant d'un immigrant qui, s'il était citoyen canadien, détiendrait les droits garantis par l'article 23¹⁵. Aux Territoires du Nord-Ouest, le ministre de l'Éducation a adopté, en juillet 2008, une directive concernant l'admission aux écoles francophones et limite l'accès uniquement aux parents ayants droit, sauf avec l'autorisation du ministre de l'Éducation¹⁶.

En ce qui concerne la question de savoir si une commission scolaire de la minorité peut, à défaut d'une délégation d'un tel pouvoir par le législateur comme c'est notamment le cas au Yukon, fixer unilatéralement, dans l'exercice de son pouvoir de gestion, les critères d'admission à l'école francophone, la Cour suprême du Canada a conclu dans l'arrêt *Commission scolaire francophone du Yukon* : « À défaut d'une telle délégation, la Commission n'a pas le pouvoir de fixer unilatéralement des critères d'admission différents de ceux établis dans le *Règlement* »¹⁷. Toutefois, elle ajoute également : « La Commission n'est pas pour autant empêchée de faire valoir que le Yukon n'a pas assuré suffisamment le respect de l'art. 23 et rien ne l'empêche de soutenir que l'approche adoptée par le Yukon à l'égard des admissions fait obstacle à la réalisation de l'objet de l'art. 23.

¹¹ *Loi sur l'éducation*, LRO 1990, c. E.2.

¹² *Loi sur les écoles publiques*, CPLM c P250.

¹³ *French First Language Instruction Regulations*, PEI Reg EC480/98, art 10.

¹⁴ *Loi de 1995 sur l'éducation*, LS 1995, c E-0.2, art 144.

¹⁵ *School Act*, RSBC 1996, c 412, art 166.24.

¹⁶ *Territoires du Nord-Ouest (Procureur général) c Commission Scolaire Francophone, Territoires du Nord-Ouest*, 2015 CanLII 168 au para 7 [*Commission Scolaire Francophone TNO*].

¹⁷ *Commission scolaire francophone du Yukon*, supra note 4 au para 74.

Mais il s'agit là d'une autre question que celle de savoir si la Commission a, en l'absence d'une délégation de la part du Yukon, le droit unilatéral de décider d'admettre d'autres enfants que ceux visés par l'art. 23 ou le Règlement »¹⁸. Selon nous, le message de la Cour suprême du Canada est clair : les commissions scolaires ne peuvent pas, dans l'exercice de leur pouvoir de gestion, fixer unilatéralement les critères d'admission, à moins qu'une telle délégation de pouvoir n'ait été faite par le législateur. Cependant, rien n'empêche une commission scolaire ou les ayants droit de contester la constitutionnalité de l'approche choisie par le législateur, s'ils considèrent que celle-ci va à l'encontre de l'objectif de l'article 23 de la *Charte*. En d'autres mots, dans le cas du Yukon, la Commission scolaire aurait peut-être dû attaquer la constitutionnalité du *Règlement sur l'instruction en français* au lieu de revendiquer le droit d'établir unilatéralement ces critères.

Portons maintenant notre attention sur la situation comme elle se présente au Nouveau-Brunswick. Nous avons vu ci-dessus que l'alinéa 5(1)b) de la *Loi sur l'éducation* de cette province permet l'admission à l'école française d'un enfant anglophone dont les parents ne sont pas des ayants droit à condition que cet enfant possède, au moment de son admission, une compétence linguistique suffisante dans la langue française. Selon le paragraphe 5(2) de la *Loi*, le directeur général qui a des doutes quant à la compétence linguistique d'une personne doit lui faire subir les épreuves que le ministre estime nécessaires afin de déterminer le niveau de compétence linguistique de la personne. La *Politique 321 – Admission selon la langue* du ministère de l'Éducation et du développement de la petite enfance du Nouveau-Brunswick n'offre pas beaucoup de précision au sujet de la méthode à suivre ou des critères à appliquer pour déterminer la compétence linguistique de l'enfant. En fait, l'article 6.2 de la *Politique* se borne à dire :

Conformément à l'article 5 de la *Loi sur l'éducation* et de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le directeur général doit admettre les élèves à une école francophone dans l'un ou l'autre des cas suivants :

- a) l'élève a une compétence linguistique en français;
- b) l'élève connaît les deux langues officielles;
- c) l'élève n'a aucune compétence dans l'une ou l'autre des langues officielles;
- d) le parent de l'élève est citoyen canadien et l'élève ou ses frères et sœurs reçoivent ou ont reçu leur instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ailleurs au Canada; ou

¹⁸ *Ibid.*

- e) le parent de l'élève est un citoyen canadien demeurant au Nouveau-Brunswick
 - dont la langue première apprise et encore comprise est le français, ou
 - qui a reçu son instruction au niveau primaire au Canada en français.

S'il répond au critère d) et e), l'élève peut être admis à une école du système scolaire francophone au Nouveau-Brunswick même s'il n'a pas une connaissance suffisante du français.

Un premier commentaire s'impose concernant les alinéas 6.2 d) et e) de cette politique. L'alinéa 6.2 d) semble vouloir reprendre le libellé du paragraphe 23(2) de la *Charte*. Or, le paragraphe 23(2) de la *Charte* ne fait pas référence à l'expression « ailleurs au Canada », mais bien à l'expression « au Canada ». Ainsi, l'alinéa 6.2 d) de la politique devrait se lire : « le parent de l'élève est citoyen canadien et l'élève ou ses frères et sœurs reçoivent ou ont reçu leur instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français au Canada ». Pour sa part, l'alinéa 6.2 e) ne fait pas mention du paragraphe 23(2) de la *Charte* laissant ainsi sous-entendre, lorsque lue conjointement avec l'alinéa d), que ce paragraphe ne s'applique qu'aux enfants provenant de l'extérieur du Nouveau-Brunswick. Or, le paragraphe 23(2) s'applique également aux enfants originaires du Nouveau-Brunswick.

Le paragraphe 7.1 énonce pour sa part : « Il n'est pas nécessaire de faire subir les épreuves de compétence linguistique à tous les élèves admis. Toutefois, ces épreuves peuvent, dans certains cas, fournir au district la preuve qui lui permet de prendre la bonne décision ». Malgré nos recherches, nous n'avons pas pu trouver à quelles « épreuves de compétence linguistique » la politique fait référence. Selon l'information que nous avons pu recueillir, il semble que dans un tel cas l'évaluation des compétences linguistiques de l'élève, si elle est faite, est faite par la direction de l'école.

Cette *Politique*, lue conjointement avec le paragraphe 23(2) de la *Charte*, soulève certaines questions. Bien que l'enfant pour lequel on demande l'inscription à l'école francophone puisse posséder les compétences linguistiques requises, cela ne veut pas dire pour autant que la famille de cet enfant, c'est-à-dire ses parents, frères et sœurs, a cette compétence. Or, dès que l'on admet cet enfant, le paragraphe 23(2) entre en ligne de compte et les frères et sœurs de cet enfant, même s'ils ne possèdent pas les compétences linguistiques requises, ont le droit constitutionnel d'être admis à l'école francophone. Cet effet du paragraphe 23(2) a d'ailleurs été confirmé par la juge du procès dans l'affaire *Commission Scolaire*

*Francophone, Territoires du Nord-Ouest et al. c. Procureur Général des Territoires du Nord-Ouest*¹⁹. La juge de première instance a conclu que le paragraphe 23(2) de la *Charte* prévoyait expressément la possibilité de créer des ayants droit qui n'étaient pas au départ des membres de la communauté minoritaire, puisque les frères et les sœurs d'un enfant qui fréquente une école de la minorité linguistique peuvent également acquérir le droit de fréquenter cette école²⁰. En se faisant, la juge de première instance s'est appuyée sur le passage suivant du jugement dans *Abbey c. Conseil de l'éducation du comté d'Essex* :

Même si le principal objet de l'article 23 est la protection de la langue et la culture de la minorité linguistique par la voie de l'instruction, il n'est pas interdit d'interpréter le paragraphe 23(2) selon son sens ordinaire, même si cela équivaut à accorder des droits à des personnes qui ne sont pas membres de la minorité linguistique. Plus il y aura de personnes qui pourront parler couramment les deux langues officielles du Canada, plus ce sera facile pour les minorités linguistiques de s'épanouir au sein de la collectivité²¹.

Toutefois, la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest a adopté une interprétation différente du paragraphe 23(2) :

Les intimés soutiennent que le paragraphe 23(2) « ouvre la porte » à la création de nouvelles catégories d'ayants droit. La Cour ne lui donne pas une interprétation aussi large. Le paragraphe 23(2) est une disposition relative à la mobilité. L'intitulé « Continuité d'emploi de la langue d'instruction » est pertinent. [...]

[I]l convient d'examiner le paragraphe 23(2) avec le reste de l'article 23. Si on interprète le paragraphe 23(2) comme s'il avait pour but de créer de nouvelles catégories d'ayants droit, cela aurait essentiellement pour effet de rendre le critère de « la première langue apprise et encore comprise » tout à fait redondant. La Cour suprême a constamment affirmé que l'article 23 avait pour objet de protéger, préserver et développer les communautés linguistiques en situation minoritaire au Canada en leur fournissant une instruction conforme à leur identité culturelle et

¹⁹ 2012 CanLII 31411, renversée en appel par 2015 CanLII 170 (TNO CA), demande d'en appeler à la Cour suprême du Canada refusée le 29 octobre 2015.

²⁰ *Ibid* au para 636.

²¹ 42 OR (3d) 481 (CA) au para 28, 1999 CanLII 3693.

linguistique. L'interprétation que donne la juge de première instance de l'article 23 reviendrait presque à adopter un modèle axé sur le « libre choix », qui n'est pas conforme au sens courant des termes de l'article 23. Autoriser la commission scolaire à créer de nouvelles catégories d'ayants droit, sans aucun contrôle gouvernemental, aurait pour effet de vider de sa substance le critère du nombre. Il se lirait alors ainsi « lorsque le nombre des ayants droit le justifie ou lorsqu'il est possible d'admettre suffisamment de non-ayants droit pour le justifier ». Telle ne peut avoir été l'intention de nos rédacteurs et cette interprétation ne peut être retenue²².

Quel que soit l'interprétation que l'on donne au paragraphe 23(2) de la *Charte*, il n'en demeure pas moins qu'accorder le droit d'accès à un enfant de parent anglophone non-ayant droit à l'école francophone est une décision lourde de conséquences. Il serait donc approprié que la procédure choisie pour déterminer l'admission de ces enfants ne tienne pas uniquement compte des compétences linguistiques de l'enfant, mais qu'elle permette également de procéder à une évaluation qualitative, ce qui permettrait d'examiner l'ensemble de la situation de l'enfant et d'évaluer notamment la situation familiale afin de voir s'il existe un engagement de la part des parents envers la mission particulière de l'école francophone. Par exemple, la *Politique régissant l'admission à l'école de langue française en Ontario* propose une démarche holistique qui tient compte, entre autres, des facteurs suivants :

- le niveau de français de l'élève;
- l'intérêt de l'élève à apprendre le français;
- le niveau d'utilisation du français et des aspects de la culture francophone dans le foyer familial;
- l'importance qu'accordent les parents de l'élève à la langue et à la culture de la communauté francophone;
- l'engagement des parents dans le cheminement scolaire de l'élève en français au sein d'un conseil et d'une école dont la langue de fonctionnement et d'administration est le français.

Une telle démarche permet de s'assurer que les parents comprennent l'engagement que comporte l'inscription à l'école francophone de leur enfant.

²² *Territoire du Nord-Ouest (Procureur général) c Commission Scolaire Francophone, Territoires du Nord-Ouest* 2015 NWTCA 1, demande d'en appeler à la Cour suprême du Canada refusée 2015 CanLII 69432 [*Commission scolaire francophone TNO*].

L'admission à l'école francophone par l'entremise du paragraphe 23(2), puisqu'elle a pour effet de conférer un droit constitutionnel à l'enseignement en français, doit être accordé seulement dans le cas où les parents comprennent bien l'engagement qu'ils prennent envers la communauté de langue minoritaire en agissant ainsi. Les écoles de la minorité ne doivent pas uniquement être considérées comme des écoles d'immersion ou comme des lieux d'apprentissage d'une langue seconde. La mission particulière de cette institution essentielle au développement et à l'épanouissement de la communauté minoritaire doit également être bien comprise.

La deuxième question que nous avons posée au début de ce texte était de savoir si les commissions scolaires peuvent tenir compte des non-ayants droit dans la détermination du « nombre suffisant ». Dans l'arrêt *Territoires du Nord-Ouest (Procureur général) c. Association des parents ayants droit de Yellowknife*, la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest répond à cette question comme suit :

La juge de première instance a accepté l'argument selon lequel les non-ayants droit pouvaient fréquenter l'école et qu'on pouvait tenir compte d'eux dans l'analyse de la « justification par le nombre ». Il s'agissait d'une erreur de droit [...]. Comme l'article 23 parle de « citoyens canadiens », les immigrants sont exclus. Le fait que l'alinéa 23(1)a) parle expressément de citoyens dont « la première langue apprise et encore comprise » fait en sorte qu'on doit exclure les « générations perdues » ayant des racines francophones. [...] S'il était retenu, le raisonnement suivi dans les motifs du jugement de première instance « [...] aurait pour effet pratique de retrancher de la Constitution le compromis soigneusement formulé à l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ce qui est inacceptable » [...].

Le compromis que représente l'article 23 a effectivement entraîné certaines conséquences intéressantes. Par exemple, le paragraphe 23(2) signifie que si un frère ou une sœur (qui, à strictement parler, ne possède pas de droits en vertu de l'article 23) est en mesure de s'inscrire à une école de la minorité linguistique, tous ses frères et sœurs deviendront des titulaires des droits garantis par l'article 23. Cette formule visait à promouvoir l'« unité familiale linguistique ». Les intimés considèrent cette situation comme une occasion de gonfler leur « nombre »; s'ils peuvent réussir à faire inscrire un des enfants de la famille dans une école de la minorité linguistique, tous leurs autres frères et sœur deviennent alors des titulaires des droits

garantis par l'article 23, ce qui est alors susceptible d'augmenter leur « nombre ». Les gouvernements, en revanche, abordent ce phénomène non sans une certaine appréhension. Compte tenu des coûts relativement élevés que représente l'enseignement dans la langue de la minorité, les gouvernements sont évidemment préoccupés par le nombre de titulaires des droits garantis par l'article 23. Bien que l'État soit tenu, de par la Constitution, d'offrir l'enseignement dans la langue de la minorité aux personnes qui y ont droit, il n'a pas l'obligation de garantir ces droits à d'autres personnes. L'État est par conséquent parfaitement justifié de contrôler attentivement l'admission dans les établissements scolaires de la minorité linguistique²³.

Dans *Commission scolaire francophone TNO*, la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest s'est également penchée sur la même question, et elle a conclu :

L'article 23 a plusieurs objets, dont l'un est d'encourager le développement des communautés linguistiques en situation minoritaire. L'article 23 protège toutefois des catégories particulières et bien définies de titulaires de droits : [...] L'article 23 confère des droits individuels [...] et sa mise en œuvre dépend du nombre des élèves qualifiés [...]. L'objet principal de l'article 23 n'est pas d'autoriser les enfants de personnes qui ne sont pas des ayants droit à apprendre une deuxième langue. Une telle interprétation a pour effet de déformer l'objet et la raison d'être de l'article 23 et d'estomper la délimitation très nette qui sépare les différentes catégories de titulaires de droits protégées par la Constitution.

[...] La Cour suprême a constamment affirmé que l'article 23 reflétait un compromis politique. Si les rédacteurs avaient voulu que les membres de la communauté majoritaire aient librement accès aux écoles de la minorité linguistique, il aurait pu rédiger un article permettant « le libre choix »; tous les enfants du Canada auraient ainsi pu choisir de recevoir un enseignement dans l'une ou l'autre des langues officielles. Par contre, ils auraient pu être beaucoup plus restrictifs en ne protégeant, par exemple, que les enfants qui étaient déjà inscrits dans une école de la minorité linguistique. Le résultat est un compromis qui a été soigneusement formulé, qui protège les

²³ 2015 CanLII 170 aux para 44-45.

enfants dont la première langue apprise et encore comprise est une langue minoritaire. Ces droits ne bénéficient pas aux petits-enfants ou à « tous les descendants », mais uniquement aux « enfants »²⁴.

La Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest ajoute également qu'autoriser les commissions scolaires à créer de nouvelles catégories d'ayants droit, sans aucun contrôle gouvernemental, aurait pour effet de vider de sa substance le critère du nombre²⁵. De plus, elle reprend une de ses conclusions dans l'arrêt *Association des parents de Yellowknife* en déclarant : « Le fait d'accorder à la commission scolaire le contrôle exclusif des admissions a des conséquences financières importantes pour le gouvernement. Ce n'est pas à la commission scolaire d'imposer la façon dont doivent être dépensés les fonds publics »²⁶.

Le fait que la Cour suprême du Canada n'ait pas jugé bon d'autoriser un appel de ces décisions laisse sous-entendre qu'elle est d'accord avec cette analyse. Quoi qu'il en soit, une chose semble claire : les commissions scolaires ne peuvent pas, dans l'exercice de leur pouvoir de gestion en vertu de l'article 23, fixer unilatéralement les critères d'admission à l'école francophone et elles ne peuvent pas chercher à augmenter le critère du « nombre » prévu à l'article 23 en y ajoutant les non-ayants droit qu'elles accepteraient d'admettre dans ses écoles.

Ces décisions, et notamment le refus de la Cour suprême du Canada d'entendre les deux appels des Territoires du Nord-Ouest, devraient mener les ayants droit et les conseils scolaires en milieu minoritaires au Canada à réfléchir à la stratégie judiciaire qu'elles doivent adopter à l'avenir. Les signaux récents de la Cour suprême du Canada, bien qu'ils n'annoncent pas nécessairement un changement de cap, sont suffisamment sérieux pour soulever certaines inquiétudes et stimuler une bonne réflexion. Les juristes intéressés par la question devraient également participer à cette réflexion.

²⁴ *Commission Scolaire Francophone TNO*, supra note 16 aux paras 25 et 29.

²⁵ *Ibid* au para 29.

²⁶ *Ibid* au para 30.

Le poste de Commissaire aux langues officielles : une institution essentielle

Michel Bastarache, avocat

et

Michel Doucet

Professeur titulaire et directeur de l'Observatoire international des droits linguistiques

Faculté de droit, Université de Moncton

La *Loi sur les langues officielles* du Nouveau-Brunswick, adoptée à l'unanimité par l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick, est une loi quasi-constitutionnelle qui vise, entre autres, la mise en œuvre des droits linguistiques garantis par les articles 16 à 20 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Son objet, tel que défini à l'article 1.1 de la *Loi*, est d'assurer le respect du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Nouveau-Brunswick; d'assurer l'égalité de statut et l'égalité de droits et de privilèges du français et de l'anglais quant à leur usage dans toutes les institutions de la province; et de préciser les pouvoirs et les obligations des institutions de la province au regard des deux langues officielles. L'importance de la *Loi* est confirmée à son article 2, lequel impute la responsabilité de son application, non pas à un ministre, mais au Premier ministre. Il est donc le premier responsable des droits qui sont garantis par cette loi.

L'article 43 de la *Loi* crée le poste de commissaire aux langues officielles. Le ou la commissaire est nommé par le lieutenant-gouverneur en conseil sur la recommandation de l'Assemblée législative. Le ou la commissaire est un fonctionnaire de l'Assemblée législative. Il ou elle est nommé à titre inamovible et ne peut être révoqué que pour cause d'incapacité, de négligence ou d'inconduite sur adresse approuvée par les deux tiers des députés de l'Assemblée législative. Le rôle du ou de la commissaire est d'enquêter, de présenter des rapports et de faire des recommandations visant le respect de la *Loi* et de promouvoir l'avancement des deux langues officielles dans la province. Pour remplir son rôle, la *Loi* prévoit que le ou la commissaire procède à des enquêtes, soit à la suite des plaintes qu'il ou qu'elle reçoit, soit de sa propre initiative, et présente les rapports et recommandations émanant de ces enquêtes conformément à la présente loi. Les enquêtes du ou de la Commissaire peuvent porter sur la non-

reconnaissance du statut d'une langue officielle, sur des manquements à la *Loi* ou à un règlement sur le statut ou sur l'usage des deux langues officielles ou encore un manquement à l'objet de la *Loi*. Les rapports du ou de la commissaire ne lient pas les tribunaux, bien qu'ils puissent constituer des éléments de preuve qui doivent être pris en compte. Ses recommandations ne créent pas d'obligations juridiques pour une institution provinciale. Le remède à ce niveau est politique. Le ou la commissaire n'a pas au Nouveau-Brunswick, contrairement au commissaire fédéral, le pouvoir de porter une cause devant les tribunaux.

Puisque tel est le cas, nous devons exprimer notre profonde déception concernant les attaques sans fondement de la part des partis politiques provinciaux et du gouvernement dont est victime la Commissaire aux langues officielles du Nouveau-Brunswick, Katherine d'Entremont. Ces attaques montrent une méconnaissance profonde de l'objet de la *Loi* et du rôle de la commissaire aux langues officielles par nos élus et membres du gouvernement. En agissant comme elle l'a fait dans le dossier du commissionnaire de l'Édifice Chancery, la Commissaire d'Entremont n'a fait qu'exercer le mandat que l'Assemblée législative et la *Loi sur les langues officielles* lui ont confié. La décision concernant la nouvelle affectation du commissionnaire ne peut, en aucun cas être attribuée à la Commissaire d'Entremont, car le rapport d'enquête dans ce dossier n'est pas encore terminé et, de plus, la Commissaire ne possède pas le pouvoir de faire une telle recommandation. Cette décision ne peut avoir été prise que par le ministère concerné, soit le ministère des Transports et des Infrastructures. Si des reproches doivent être faits à ce sujet, ils devraient être adressés au ministre en question.

En ce qui concerne la Commissaire, nous considérons irrecevables les attaques dont elle a fait l'objet. Le gouvernement et le Premier ministre doivent respecter l'indépendance de la Commissaire puisque celle-ci est essentielle à l'accomplissement de ses devoirs. La Commissaire est justement là pour mettre en lumière les faux pas du gouvernement et de ses agences et de recommander des mesures de redressement. Elle n'est pas un fonctionnaire comme les autres, une personne dont les actions sont sujettes à une surveillance ministérielle. Les communautés linguistiques ont besoin de la Commissaire, cela a été démontré de nombreuses fois. Tous les partis politiques doivent appuyer la Commissaire en prenant au sérieux ses enquêtes. Le parti ministériel doit éviter toutes déclarations qui fragilisent la fonction importante de Commissaire aux langues officielles et mettent en question sa crédibilité. Que le gouvernement soit en désaccord avec les conclusions auxquelles elle peut arriver dans certains dossiers est une chose, qu'on mette en doute son intégrité sans motif est inacceptable.

La Commissaire n'a fait acte d'aucune inconduite ou de négligence dans le traitement de ce dossier, bien au contraire. Elle a agi en conformité avec ses obligations, ce qui en certaines circonstances requiert le courage de faire face à l'incompréhension de son rôle.

Nous voulons ici inviter la population à prendre conscience du danger que représentent les déclarations inconsidérées en cette matière et à reconnaître l'importance du poste de Commissaire pour la mise en œuvre de la *Loi sur les langues officielles*.

Une constitution entièrement bilingue pour le Canada en 2017?

Pierre Foucher, professeur
Faculté de droit, Université d'Ottawa

Le 6 novembre dernier s'est tenu à l'Université d'Ottawa, à l'instigation de la Chaire d'étude sur la francophonie et les politiques publiques ainsi que la Faculté de droit, une journée d'études portant sur la version française des lois constitutionnelles du Canada. En effet, plusieurs des lois constitutionnelles du pays n'ont de valeur officielle qu'en anglais; la version en français n'est qu'une codification administrative offerte pour la commodité des lecteurs et lectrices et ne peut servir à l'interprétation du texte. Il s'agit d'une anomalie dans un pays officiellement bilingue et la journée avait pour objectif de réfléchir aux moyens de corriger cette situation et aux enjeux que soulevait une telle démarche.

Cette situation d'unilinguisme d'une partie de la constitution du Canada découle du fait que la loi fondatrice de la fédération canadienne, la *Loi constitutionnelle de 1867*¹, est une loi britannique adoptée en anglais seulement par le Parlement de Westminster. À l'époque, Londres accordait l'autonomie juridique à ses anciennes colonies en légiférant à leur endroit. Le Parlement britannique légiférait (et légifère toujours) en anglais seulement. Le document juridique qui instaure le Canada, ainsi que les modifications y apportées jusqu'à 1982, ont donc été adoptés en anglais. Toutefois, la *Loi constitutionnelle de 1982* a été promulguée dans les deux langues, chacune des versions faisant égale autorité conformément à la première phrase de son article 56 : « Les versions française et anglaise des parties de la Constitution du Canada adoptées dans ces deux langues ont également force de loi ». Depuis lors, les modifications constitutionnelles sont toujours promulguées dans les deux langues et chaque version a également force de loi. Qu'en est-il cependant des parties des textes constitutionnels adoptés uniquement en anglais ? Le constituant de 1982 a stipulé à son article 55 :

Le ministre de la Justice du Canada est chargé de rédiger, dans les meilleurs délais, la version française des parties de la Constitution du Canada qui figurent à l'annexe; toute partie suffisamment

¹ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30-31 c 3 (R.-U) [*Loi constitutionnelle de 1867*].

importante est, dès qu'elle est prête, déposée pour adoption par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, conformément à la procédure applicable à l'époque à la modification des dispositions constitutionnelles qu'elle contient.

Le ministre a créé un comité pour livrer une version en français des textes pertinents. Le comité a rendu son rapport définitif en décembre 1990. On peut le retrouver au lien suivant : <http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/constitution/loireg-lawreg/index.html>.

Depuis lors, aucune résolution constitutionnelle n'a toutefois été déposée pour adopter formellement soit le rapport, soit une autre version en français des lois constitutionnelles unilingues anglaises.

Dans l'affaire *Bertrand c. Québec (Procureur général)*², le juge Pidgeon a eu l'occasion de commenter le non respect de l'article 55. L'avocat Guy Bertrand recherchait une déclaration judiciaire voulant qu'une démarche unilatérale d'indépendance du gouvernement du Québec de l'époque³ fût inconstitutionnelle et le Procureur général du Québec lui avait opposé une requête en irrecevabilité dans laquelle il plaidait notamment que l'absence de respect de l'article 55 conduisait à une déclaration de nullité des lois constitutionnelles de 1867 à 1982. La Cour a estimé qu'il fallait un procès en bonne et due forme pour permettre au Procureur général du Canada de soumettre de la preuve au sujet des démarches entreprises pour faire respecter l'article 55 et, dans l'éventualité d'un constat d'inconstitutionnalité, pour offrir une réparation convenable. Ces questions ne pouvaient pas se régler au stade de l'irrecevabilité. La légalité d'une sécession unilatérale a été tranchée dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁴, mais celle du non-respect de l'intégralité de l'article 55 est restée lettre morte.

L'article 55 touche les 30 textes mentionnés à l'annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Parmi ceux-ci, huit ont été adoptés par simple loi fédérale et existent donc simultanément en français et en anglais, en raison de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵, ce qui signifierait que la version française a la même

² *Bertrand c. Procureur général*, [1996] RJQ 2393, JQ 2150 (QL) (CS). Un premier jugement avait déjà déclaré que la souveraineté du Québec porterait atteinte aux droits fondamentaux du demandeur : *Bertrand c. Bégin* (1995), RJQ 2500 (CSQ).

³ Rappelons que le second référendum sur l'accession du Québec à la souveraineté a eu lieu le 30 octobre 1995, un an avant la décision, et s'est soldé par un vote négatif à 50,58 %.

⁴ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217.

⁵ *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 1, art 133 : « Les lois du Parlement du Canada...devront être imprimées et publiées en français et en anglais » (traduction administrative). Dans *Blaikie c. Procureur général du Québec*, [1979] 1 RCS 1016, la Cour

valeur que la version anglaise. Cela laisse néanmoins plusieurs textes sans version française officielle, notamment le *Statut de Westminster*, une loi britannique adoptée en 1931⁶ et qui visait nommément le Canada, ainsi que des décrets annexant des territoires au Canada et cinq modifications relatives au partage des compétences entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales.

Parmi toutes les questions discutées au colloque, celles-ci apparaissent particulièrement intéressantes :

-La version française des lois constitutionnelles appliquera la règle du « droit constant ». Ce ne sera donc pas une modification de la substance, mais uniquement de la forme. Il a d'ailleurs été proposé d'inclure à l'article 56 de la *Loi constitutionnelle de 1872* une disposition le stipulant expressément.

-Il a été suggéré que la version française ne restera qu'une traduction et qu'en cas de conflit, les juges retourneront spontanément à la version anglaise ; la seule manière de véritablement corriger le problème serait de ré-adopter simultanément les deux versions.

-Des représentants du comité de rédaction ont relaté leur travail et ont candidement admis qu'il demeurerait perfectible ; certains choix qu'ils ont proposé seraient aujourd'hui différents, comme l'idée de remplacer l'expression bien consacrée et entrée dans l'usage, ainsi que dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, du pouvoir fédéral de légiférer pour la « Paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada » par celle-ci : « la paix et l'ordre du Canada, ainsi que son bon gouvernement ». Cette nouvelle formulation a fait l'objet de maintes critiques.

-L'un des panélistes, M^e Hugo Choquette, présentement doctorant en droit à l'Université Queens en Ontario, a livré un plaidoyer passionné et convainquant pour l'adoption de la version française de l'Acte de l'Amérique du nord Britannique proposée en 1867 par M^e Eugène-Philippe Dorion, chef du bureau de traduction de la Chambre d'assemblée du Canada-Uni jusqu'à 1867. Selon M^e Choquette, cette traduction est la plus légitime : elle est de la même époque que la

suprême du Canada a jugé que pour être publiées dans les deux langues, les lois devaient avoir été adoptées simultanément dans les deux langues. Cette décision a toujours été interprétée comme signifiant que chaque version d'une loi fédérale a une valeur égale à l'autre. C'est d'ailleurs ce que dit maintenant le texte de l'article 18 de la *Charte canadienne des droits et libertés* tant pour les lois fédérales (paragraphe 1) que néo-brunswickoises (paragraphe 2).

⁶ Loi de 1931 visant à donner effet à des résolutions adoptées lors des conférences impériales de 1926 et 1930; 22 & 23 George V, c 4 (R-U).

rédaction de la loi, elle respecte le style de rédaction de la common law qui est le style de rédaction de la loi originale et Dorion est resté fidèle à ce style parce qu'il savait justement que ce n'était pas du droit civil, ayant sous les yeux le nouveau *Code civil du Bas-Canada* adopté en 1865⁷. On lui a rétorqué que celle du comité disposait de la légitimité de l'article 55 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

-Dans un élan de sincérité, l'honorable Serge Joyal, sénateur, qui était ministre du gouvernement fédéral en 1980-1982 et président du comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes ayant examiné le texte proposé de la modification constitutionnelle, a déclaré que le comité ainsi que le gouvernement fédéral avaient peut-être péché par excès d'optimisme à l'époque. L'article 55 n'avait pas été débattu et le gouvernement semblait croire que la traduction serait assez facile. Il eut peut-être mieux fallu, a-t-il admis, adopter une version existante même si incomplète ou imparfaite, plutôt que de remettre la démarche à plus tard. Il a aussi révélé que l'une des craintes du gouvernement était que le Parlement anglais refuserait d'adopter d'emblée la version française de la *Loi constitutionnelle de 1982* : c'est la raison principale pour laquelle elle a été placée comme une annexe au *Canada Act*⁸, ainsi le Parlement britannique légiférerait en anglais mais intégrait à sa loi une annexe officiellement bilingue.

-M^e Mary Dawson, présentement Commissaire aux conflits d'intérêt et à l'éthique du Canada, était, au moment des faits, directrice de la section de droit public du gouvernement. Elle a conservé le dossier de la version en français de la Constitution lorsqu'elle a changé de division au sein du ministère et elle a relaté comment elle avait écrit à ses homologues provinciaux pour recueillir leurs réactions au rapport du comité en 1991 ; mais c'était l'époque de l'échec de l'Accord constitutionnel du Lac Meech (qui a été abandonné en mai 1990), de la préparation d'un nouvel accord dit l'accord de Charlottetown (rejeté par référendum en 1992), de sorte que le dossier de la version française de la Constitution a perdu de son lustre et de son importance.

-S'agissant de la formule de modification applicable, la plupart des commentateurs pensaient que pour les aspects les plus substantifs, l'unanimité était requise en vertu de l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. On a aussi fait état des obstacles supplémentaires que représentent les lois exigeant soit des

⁷ « Code civil du Bas-Canada », d'après le rôle amendé déposé dans le bureau du greffier du conseil législatif, tel que prescrit par l'acte 29 Vict., c 41, 1865.
(<https://books.google.ca/books?id=hRQ2AAAAIAAJ&pg=PR1&hl=en#v=onepage&q&f=false>)

⁸ An Act to give effect to a request by the Senate and House of Commons of Canada, 1982 c 11 (UK).

consentements régionaux⁹ ou des référendums constitutionnels obligatoires¹⁰ ; si la loi fédérale des vétos régionaux et la loi référendaire de Colombie-Britannique peuvent être contournées en ce qu'elles interdisent au gouvernement seulement (et non aux députés d'arrière-banc) de déposer des résolutions de modification constitutionnelle, celle de l'Alberta est plus contraignante parce qu'elle oblige le Lieutenant-gouverneur à tenir un référendum avant que l'assemblée législative puisse voter en faveur d'une résolution de modification constitutionnelle.

-J'ai exprimé l'opinion que toutes ces lois représentaient des modifications indirectes de la méthode prescrite par la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en me basant sur le *Renvoi sur le Sénat*¹¹ et le *Renvoi sur la Cour suprême du Canada* : en effet, on touche ici à l'« architecture constitutionnelle » et la seule manière de modifier la formule de modification est de procéder par l'unanimité de toutes les provinces ainsi que du Sénat et de la Chambre des Communes. Par conséquent, je suis d'opinion que ces lois sont d'emblée inconstitutionnelles et n'ont pas à être respectées. Les gouvernements concernés voudront néanmoins les suivre ne serait-ce que pour des raisons politiques. J'étais aussi d'avis que n'eut été de l'article 55, une simple loi fédérale aurait suffi à proclamer la version française, puisque celle-ci n'est pas une « modification » de la Constitution mais seulement une adaptation formelle en français : à ce titre, la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne saurait s'y appliquer puisque cette dernière ne touche que des « modifications » à la Constitution. Mais l'article 55 crée une obligation à laquelle il faut donner suite, même si elle semble ne donner lieu à aucune sanction en cas de non-respect. Enfin, je crois que tous les textes de l'annexe qui peuvent être proclamés soit sous l'autorité du Sénat et de la Chambre des communes, soit du consentement de la ou des provinces concernées, devraient l'être immédiatement. Seule la *Loi constitutionnelle de 1867* et, peut-être, le *Statut de Westminster*, nécessiteraient une modification unanime. M^e Mark Power a lui aussi estimé qu'il serait préférable de procéder immédiatement à l'adoption des versions françaises qui ne requièrent pas un consentement unanime, ni substantiel.

-Finalement, le professeur Benoît Pelletier, ancien ministre québécois des affaires intergouvernementales (2003-2008), a mis en garde l'auditoire contre un excès d'enthousiasme. Un échec du projet, a-t-il dit, pourrait être perçu comme un rejet du Québec ; mais le succès du projet pourrait aussi, selon lui, donner l'idée que le

⁹ *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, LC 1996, c 1.

¹⁰ *Constitutional Amendment Approval Act (British Columbia)*, RSBC 1996, c 67; *Constitutional referendum Act*, RSA 2000, c C-25.

¹¹ *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, [2014] 1 RCS 704; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art 5 et 6, [2014] 1 RCS 433.

dossier constitutionnel concernant le Québec est désormais réglé, rendant toute demande ultérieure irrecevable dans le reste du Canada. Dans les deux cas, le risque d'une remontée du sentiment souverainiste serait bien réel et la possibilité d'un troisième référendum québécois sur la question deviendrait plus réaliste.

Malgré le fait que le paragraphe 16(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* déclare que « le Français et l'Anglais sont les langues officielles du Canada », une bonne partie des lois constitutionnelles du pays n'existe qu'en traduction administrative et officieuse ou en fonction des versions citées dans les décisions de la Cour suprême du Canada qui sont bilingues. Si cette anomalie doit être corrigée, c'est plus vite dit que fait, comme l'a démontré ce séminaire. En attendant, le droit constitutionnel canadien n'est que partiellement bilingue. Le cent-cinquantième de la confédération canadienne serait, aux dires des organisatrices et organisateurs, un moment idéal pour la corriger.