ISSN 2368-3260

Observatoire international des droits linguistiques

Revue de droit linguistique

Volume 3
(2016)



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 justement 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 rejettent l'article, 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 devraient être accompagnés d'un résumé. Dans le cas des textes publiés dans une autre langue, 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.

LE 3 FAIT LE MOIS… OU LA REVUE !

On dit que le 3 fait le mois. Il n'y évidemment aucun fondement scientifique à ce dicton, ni aucune raison d'accorder tant de pouvoir à cette journée du mois au point où elle dicte la conduite des jours à venir. Cela dit, dans la mesure où une publication en est à sa troisième édition ou à son troisième volume, on peut vraisemblablement s'y appuyer pour en jauger la vitalité et la viabilité.

Le troisième volume affiche réellement le visage de la *Revue de droit linguistique* – au singulier – comme nous l'avions conçu dès le départ. Tout en ayant élargi nos frontières territoriales et doctrinales, le volume s'ouvre avec un texte de chez nous intitulé *Les droits de la minorité francophone au Nouveau-Brunswick dans les foyers de soins de longue durée*. Malgré les efforts de nombreux acteurs de la société néo-brunswickois, le sujet dont il y est question est malheureusement encore d'actualité.

Dès sa création, la *Revue* avait prévu la possibilité de publier des textes dans une autre langue que le français, pour autant que le ratio de ces textes n'excède pas 20 % des textes publiés dans un volume. En 2016, la *Revue* a publié *Considering an appropriate language policy for judicial proceedings in South Africas* du professeur Koos Malan, soit le premier article dans une autre langue et le premier en provenance de l'Afrique du sud, un État dont les ressemblances avec le Canada, en matières de langues officielles, sont frappantes à plusieurs égards.

Quand le droit linguistique parle de sciences sociales : l'intégration de la notion de complétude institutionnelle dans la jurisprudence canadienne de Stéphanie Chouinard constitue un bel exemple de l'élargissement des frontières doctrinales des droits linguistiques au sens propre du terme, mais dont la portée s'insère tout de même dans le champ plus large du droit linguistique (au singulier). Si l'on étudie souvent le droit en vase clos, il s'insère cependant dans le contexte pluridisciplinaire des sciences sociales. La complétude institutionnelle est forcément un domaine connexe des droits linguistiques et à ce titre, cet article trouvait confortablement sa place dans les pages numériques de la *Revue*.

Enfin, le professeur André Braën boucle le volume avec *L'affaire Caron : la Cour suprême à la recherche du compromis perdu!* Une affaire dans laquelle l'opinion majoritaire de la Cour suprême du Canada n'a pas conclu à l'existence historique de droits linguistiques en Alberta malgré l'opinion de bon nombre d'historiens à ce sujet. Ce texte, en plus de bien rendre compte de l'affaire et du contexte juridique

dans lequel il s'insère, affiche également une mise en garde quant à l'interprétation que semble donner aux droits linguistiques la Cour suprême du Canada.

Par conséquent, si le 3e volume fait la *Revue de droit linguistique*, nous regardons fièrement vers l'avenir et attendons avec impatience le dénouement des prochains volumes.

Bonne lecture!

Michel Doucet
Rédacteur en chef

(2016) 3 RDL 1

LES DROITS DE LA MINORITÉ FRANCOPHONE AU NOUVEAU-BRUNSWICK DANS LES FOYERS DE SOINS DE LONGUE DURÉE

Michel Doucet*

INTRODUCTION

La question de l'accès aux services de santé en français suscite de nombreuses préoccupations chez les communautés francophones du Canada. Plusieurs études ont montré que la langue peut constituer une barrière à l'accès à des services de santé de qualité[1]. En règle générale, les communautés francophones en situation minoritaire ont un accès limité à des services de santé dans leur langue[2]. Ce constat est d'autant plus préoccupant lorsque l'on y ajoute le résultat des recherches qui montrent à quel point la langue est importante dans la livraison des services de santé. Ces études montrent également que l'absence d'accès ou un accès limité à des services de santé en français porte atteinte à la vitalité des communautés linguistiques en situation minoritaire. La vitalité d'un groupe linguistique se définit comme « ce qui rend un groupe susceptible de fonctionner en tant que collectivité distincte et active au sein d'un contexte intergroupe régional ou national »[3]. Certains chercheurs ont également défini la gouvernance de certaines institutions comme l'un des facteurs pouvant contribuer à la vitalité d'une communauté minoritaire[4]. Le secteur de la santé contribue ainsi à la complétude institutionnelle des communautés minoritaires[5]. Par complétude

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

1 Sarah Bowen, *Barrières linguistiques dans l'accès aux soins de santé*, Ottawa, Santé Canada, 2001, en ligne : <http://www.francosante.org/documents/sarah-bowen-barrieres-linguistiques.pdf> à la p 1.

2 Léandre Desjardins, *La santé des francophones du Nouveau-Brunswick*, Étude entreprise pour la Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick, Lévis, Éditions de la Francophonie, 2003.

3 Howard Giles, Richard Bourhis et Donald M. Taylor, « Towards a theory of language in ethnic group relations » dans Howard Giles, dir, *Language, Ethnicity and Intergroup Relations*, New York, Academic Press, 1977 à la p 308.

4 Éric Forgues et al, « La prise en compte de la langue dans les foyers de soins pour personnes âgées » Institut canadien de recherches sur les minorités linguistiques, Moncton, 2012 à la p 16 [Forgues et al].

5 Sylvain Vézina, dir, *Gouvernance, santé et minorités francophones : Stratégies et nouvelles*

institutionnelle, nous nous référons à la prise en charge d'institutions culturelles et sociales qui donnent vie à la communauté minoritaire sur la place publique, favorisant ainsi sa vitalité et son développement[6]. D'autres chercheurs ont identifié la gouvernance comme étant l'un des facteurs qui déterminent la vitalité d'un groupe[7]. Selon eux, une communauté qui est maître de ses institutions est plus à même d'assurer son développement[8]. Le secteur de la santé devient, dans ce contexte, un espace de plus où il est possible pour les individus de vivre en français, contribuant ainsi à la vitalité de cette communauté. Cela étant dit, qu'en est-il des institutions destinées aux aînés en perte d'autonomie?

Les études montrent que le vieillissement de la population affectent davantage les communautés francophones en situation minoritaire[9], d'où l'importance de prendre au sérieux la problématique posée dans le présent texte. Il est essentiel que les gouvernements provinciaux, notamment celui du Nouveau-Brunswick, reconnaissent, dans leur planification des soins de longue durée, le problème particulier que pose l'offre de soins de longue durée pour les aînés francophones. Dans cette optique, il sera question, dans le présent texte, des obligations du gouvernement du Nouveau-Brunswick en ce qui concerne l'offre des services de soins de longue durée.

I – UN APERÇU HISTORIQUE DES PROGRAMMES DE SOINS DE SANTÉ POUR LES AÎNÉS AU NOUVEAU-BRUNSWICK[10]

Afin de bien comprendre l'enjeu qui nous intéresse, il est important de situer dans un cadre historique les programmes de soins de santé destinés aux aînés dans la province du Nouveau-Brunswick. Lorsque le Nouveau-Brunswick est devenu une province autonome en 1784, l'équivalent des services sociaux, comme on les

---

pratiques de gestion au Canada, Lévis, Éditions de la Francophonie, 2007.

6 Voir Raymond Breton, « Institutional Completeness of Ethnic Communities and Personal Relations of Immigrants » (1964) 70 American Journal of Sociology 193-205; Raymond Breton, « La communauté ethnique, communauté politique » (1983) 150:2 Sociologie et sociétés 23-38; et Wilfrid Denis, « La complétude institutionnelle et la vitalité des communautés fransaskoises en 1992 » (1993) 5:2 Cahiers francophones de l'Ouest 253-284.

7 Rodrigue Landry, Éric Forgues et Christophe Traisnel, « Autonomie culturelle, gouvernance et communautés francophones en situation minoritaire » (2010) 29:1 Politique et Sociétés 91-114.

8 Forgues et al, *supra* note 4.

9 *Ibid* à la p 19.

10 Cet historique est en grande partie tirée d'un document intitulé, « Élaboration d'une stratégie pour les soins de longue durée aux aînés francophones du Nouveau-Brunswick », en ligne : <http://www2.gnb.ca/content/dam/gnb/Departments/sd-ds/pdf/LTC/history-f.pdf>.

connait aujourd'hui, étaient offerts par les familles et les groupes religieux. Ce n'est que deux ans plus tard, soit en 1786, que la province adoptait une loi intitulée *Poor Law*[11], laquelle confiait à chaque paroisse la responsabilité de venir en aide et au secours des indigents. Les paroisses avaient donc le devoir de s'occuper des pauvres, des orphelins, des aînés et des personnes ayant un handicap. Sur le plan linguistique, il est intéressant de noter que la loi intitulée *An Act to authorize the Justices of the Peace in General Sessions in certain Counties in this Province to exempt the Acadian French from the assessment of Poor Rates* exemptait les Acadiens du régime mis en place pour assurer le prélèvement de taxes pour venir en aide aux personnes indigentes[12]. Le préambule de la *Loi* associait la raison de cette distinction au fait que « the Acadian French in this Province are in the habit of supporting their own poor ». Ce texte reconnaissait une caractéristique particulière de cette communauté, laquelle justifiait donc un traitement différent[13]. Il serait, par compte, osé d'affirmer que ce texte de loi établissait les fondements de ce qui allait devenir plus tard le principe de l'égalité réelle.

Lors de la Confédération, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique conférait aux provinces le pouvoir exclusif de légiférer sur « l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, asiles institutions et hospices de charité »[14]. Le Nouveau-Brunswick choisira alors de déléguer sa responsabilité en cette matière aux municipalités et aux « parish councils ». Celles-ci financeront leurs services par l'intermédiaire des impôts fonciers.

Ce n'est qu'à partir de la fin des années 1950 que le gouvernement provincial a commencé à s'occuper davantage du système de soins de longue durée en accordant des permis aux foyers de soins et aux foyers pour personnes âgées et handicapées. Le Nouveau-Brunswick a été, en 1961, la dernière province à abroger sa *Poor Law*. Il la remplacera par la *Loi sur l'assistance sociale* (*Social Assistance Act*)[15]. Cette loi permettait au gouvernement provincial d'assumer une plus grande responsabilité dans la prestation de services sociaux. Dans les années

---

11 26 George III, c 43 (1786). Voir également, James M. Whalen, « Social Welfare in New Brunswick, 1784-1900 », en ligne : Gouvernement du Nouveau-Brunswick <https://archives.gnb.ca/Irish/Databases/Almshouse/text /en-CA/WelfareNB.pdf>.

12 Gaétan Migneault, « La progression des droits linguistiques au Nouveau-Brunswick dans une perspective historique globale » (2007) 52 RD McGill 83 à la p 88.

13 *Ibid.*

14 *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, ann II, n° 5, art 92(7).

15 *Social Assistance Act*, SNB 1960, c 9. À l'époque, il n'existait aucune obligation d'adopter les lois dans les deux langues officielles. L'anglais était considéré comme la langue officielle de la province.

1960, le système de soins de longue durée a évolué grâce à l'ajout de règlements concernant les permis, le contrôle et le financement des foyers de soins, ainsi que l'établissement de niveaux de soins et d'allocations journalières. Le gouvernement offrait aussi une aide financière aux personnes dans les foyers de soins qui ne pouvaient pas payer pour les services.

Dans le contexte du programme *Chances égales pour tous*[16], la *Loi sur l'assistance sociale* a été abrogée en 1966 et remplacée par une nouvelle loi qui avait pour objet de centraliser les pouvoirs pour la prestation de services sociaux[17]. La nouvelle loi avait également pour but d'éliminer les disparités qui existaient dans la qualité des services sociaux offerts à l'échelle de la province, disparités causées par les capacités différentes des paroisses et des municipalités de financer ces services par les impôts.

Dans les années 1970, le gouvernement provincial a continué de collaborer avec les foyers de soins spéciaux et les foyers de soins en ce qui a trait aux permis, à l'inspection et au financement. Il a maintenu les subventions pour les pensionnaires qui ne pouvaient pas payer pour leurs soins, et les allocations journalières ont été normalisées en fonction du niveau de soins nécessaires. Vers la fin des années 1980, le gouvernement finançait 70 % des coûts de fonctionnement des foyers de soins par des subventions accordées pour les soins aux pensionnaires.

Pendant les années 1990 et 2000, le système de soins de longue durée a été modifié. Une « Directive sur la contribution financière uniformisée des familles » a été élaborée dans le but de cibler la famille, et non la personne, comme responsable des coûts de services non assurés. Bien que des subventions soient remises aux personnes ne pouvant pas assumer la totalité des coûts pour les services, il a été établi que le gouvernement paierait uniquement en dernier recours. Un nouveau modèle résidentiel pour les soins de longue durée a été mis en œuvre. Il est fondé sur la capacité fonctionnelle des clients. Les clients ayant moins besoin de soins (niveaux 1 et 2) recevaient des services dans les foyers de soins spéciaux et les clients ayant besoin de plus de soins (niveaux 3 et 4) recevaient des soins dans les foyers de soins ou dans des résidences communautaires.

---

16 Le programme de *Chances égales pour tous* du gouvernement de Louis J. Robichaud, le premier premier ministre acadien élu du Nouveau-Brunswick, a grandement contribué à la transformation de la province. En outre, les écoles publiques et les hôpitaux ont été modernisés partout dans la province, tant dans les régions défavorisées que dans les régions prospères, et un régime fiscal plus équitable a été conçu pour financer de tels services.

17 *Social Welfare Act*, SNB 1966, c 27.

II – L'ENCADREMENT DU PROGRAMME DE SOINS DE LONGUE DURÉE

Le programme de soins de longue durée gère les placements et les évaluations des personnes âgées en attente de placement au Nouveau-Brunswick et ceux qui sont déjà en foyer de soins. Ce programme comprend trois composantes en matière de services pour personnes âgées : les services à domicile, les services en foyers de soins spéciaux (niveaux 1 et 2) et les services en foyer de soins agréés (niveaux 3 et 4)[18].

Les foyers de soins spéciaux sont des établissements privés à but lucratif qui offrent des services aux aînés qui nécessitent des soins de niveau faible à modéré sur une base régulière. Les clients de niveau 1 peuvent généralement se déplacer seuls et à l'aide d'une surveillance 24 heures sur 24, ils peuvent s'occuper eux-mêmes de leurs soins personnels. Les clients de niveau 2 ont, à l'occasion, besoin d'un peu d'aide et de surveillance dans leurs déplacements. Ils nécessitent une aide et une surveillance plus individualisées, 24 heures sur 24, pour leurs soins personnels et les activités de la vie quotidienne[19].

Les foyers de soins agréés sont des organismes privés sans but lucratif dirigés par un conseil d'administration bénévole. Ils fournissent des services aux personnes ayant besoin de soins infirmiers, c'est-à-dire aux aînés évalués comme nécessitant des soins de niveau 3 ou 4. Les clients de niveau 3 ont une affection physique ou mentale stable ou une limitation fonctionnelle. Ils nécessitent une aide et une surveillance 24 heures sur 24. Ces clients nécessitent beaucoup d'aide pour leurs soins personnels et requièrent souvent des soins médicaux. Les clients de niveau 4 ont des difficultés sur le plan cognitif ou comportemental et exigent une surveillance et des soins 24 heures sur 24. Le plus souvent, ils ont besoin d'un maximum d'aide pour leurs soins personnels et les activités de la vie quotidienne. Ils nécessitent régulièrement des soins médicaux.

Au Nouveau-Brunswick, les services pour personnes âgées sont régis par le ministère du Développement social. Les travailleurs du ministère et du programme de soins de longue durée déterminent le niveau de soins que nécessitent les aînés qui font une demande de services.

---

18 Éric Forgues, Michel Doucet et Josée Guignard-Noël, « L'accès des aînés francophones aux foyers de soins en milieu minoritaires, un enjeu linguistique en santé et mieux-être » (2011) Revue canadienne du vieillissement 1 à la p 6 [« L'accès des aînés francophones aux foyers de soins »].

19 *Ibid.*

Les clients du système de soins de longue durée assument généralement le coût des services. Ces frais ne sont pas couverts par le régime d'assurance maladie provincial. Toutefois, le gouvernement accorde une aide financière aux clients incapables d'assumer la totalité du coût des services. Le montant de la contribution financière uniformisée des familles se détermine à partir :

1. du revenu net du client ou du couple;
2. du type de services requis (soutien à domicile, foyer de soins spéciaux ou foyer de soins) et;
3. de la présence d'un conjoint ou de personnes à charge vivant au domicile.

On ne tient pas compte des avoirs du client pour déterminer sa contribution, mais on tient compte de son revenu mensuel[20]. Une évaluation des besoins financiers est effectuée par le personnel des services de longue durée en même temps que l'évaluation des besoins des personnes âgées. Si la personne satisfait aux conditions pour bénéficier d'une aide financière, elle sera versée au foyer de soins, alors que des prélèvements à la caisse de retraite de l'aîné seront effectués. L'aîné qui en a les moyens doit contribuer au paiement des soins de longue durée et, dans certains cas, en assumer la totalité des coûts. L'aîné dont le revenu est égal ou inférieur au seuil d'aide au revenu n'est pas tenu de contribuer au paiement des soins[21].

Les personnes âgées – de concert parfois avec la famille – choisissent elles-mêmes d'aller ou non dans un foyer. Après l'évaluation de la personne âgée, laquelle est effectuée par des travailleurs sociaux ou des infirmières de soins de longues durées, la personne âgée choisira le foyer de soins qui lui convient le mieux. Des critères de distance et de langue peuvent être des motifs acceptables pour refuser une place qui se libère dans un foyer de soins. Or, cela demeure problématique pour les aînés francophones dans les régions où les foyers de soins francophones ou bilingues sont rares ou inexistants. S'il y a peu de foyers de soins

---

[20] Quoi qu'il en soit toujours ainsi, le gouvernement du Nouveau-Brunswick annonçait, le 4 mai 2015, une nouvelle politique progressive en matière de calcul du coût des soins dans les foyers de soins qui visait une plus grande contribution financière pour ceux et celles qui avaient des actifs financiers liquides d'un certain montant. Voir « Nouvelle politique sur le coût des soins dans les foyers de soins basée sur l'équité et la viabilité », en ligne : Gouvernement du Nouveau-Brunswick <http://www2.gnb.ca/content/gnb/fr/nouvelles/communique.2015.05.0352.html>. Le gouvernement du Nouveau-Brunswick a toutefois abandonné cette politique : « Foyers de soins: le gouvernement fait marche arrière », en ligne : Acadie nouvelle <http://www.acadienouvelle.com/actualites/2015/09/09/foyers-de-soins-le-gouvernement-fait-marche-arriere/?pgnc=1>.

[21] « L'accès des aînés francophones aux foyers de soins », *supra* note 18.

dans une région, il est plus difficile d'orienter la personne âgée vers un foyer qui lui convient parfaitement. Les listes d'attente pour les foyers francophones peuvent être plus longues, ce qui amène les aînés à faire parfois des choix qui ne leur conviennent pas toujours, par crainte de perdre leur place sur la liste d'attente[22].

Selon une étude récente, 47,9 % des foyers de soins sont désignés comme offrant des services uniquement en anglais alors que 33,8 % des foyers de soins offrent des services uniquement en français et 18,3 % des foyers de soins offrent des services en anglais et en français[23]. Lorsqu'on regarde le nombre de lits (unités autorisées) en fonction de la langue de services du foyer de soins, on constate la même tendance, c'est-à-dire que 40,0 % des lits sont dans les foyers de soins anglophones, 33,8 % des lits sont dans les foyers de soins francophones et 26,2 % des lits sont dans les foyers de soins bilingues[24].

Les auteurs de cette étude ont conclu que la répartition géographique selon la langue des foyers de soins spéciaux (niveau 1 et 2) n'est pas homogène au Nouveau-Brunswick. En effet, il existe une concentration assez importante de foyers de soins francophones ou bilingues dans les régions du Nord et dans le Sud-est de la province, c'est-à-dire là où il y a une forte concentration de francophones ou de gens bilingues. Toutefois, il n'y a aucun foyer de soins francophone ou bilingue dans les régions du Sud-ouest et du Centre de la province, malgré le fait qu'il existe des aînés francophones dans ces régions.

Les statistiques relatives aux foyers de soins agréés, soit ceux de niveaux 3 et 4, conduisent les auteurs de l'étude à faire deux constats similaires aux observations faites pour les foyers de soins spéciaux. Premièrement, la proportion des foyers de soins agréés au Nouveau-Brunswick n'est pas la même selon la langue. De fait, 63,9 % des foyers de soins sont désignés comme offrant des services uniquement en anglais alors que 29,5 % des foyers de soins offrent uniquement des services en français et 6,6 % des foyers de soins offrent des services en anglais et en français. Les auteurs constatent également que la répartition géographique des foyers de soins agréés en fonction de la langue n'est pas homogène au Nouveau-Brunswick[25]. À l'instar des foyers de soins spéciaux, les foyers de soins agréés francophones sont seulement répartis dans le Nord et le Sud-est de la province. Il n'y a aucun foyer de soins francophones ou bilingues dans les régions du Sud-

---

22 *Ibid.*

23 Cependant, nous n'avons trouvé aucune directive ou politique qui définit ce que l'on entend par foyer de soins bilingue.

24 « L'accès des aînés francophones aux foyers de soins », *supra* note 18 à la p 7 et s.

25 *Ibid.*

ouest et du Centre de la province, même s'il y a, dans ces régions, une proportion significative de francophones âgés de 75 ans et plus.

Ainsi, même s'il y a une présence d'aînés francophones dans certaines régions du Nouveau-Brunswick, on n'y retrouve aucun foyers de soins spéciaux ou agréés désignés offrant des services uniquement en français ou désignés comme bilingues. Les régions de Saint-Jean, de Fredericton et de Miramichi sont de bons exemples qui témoignent de l'absence de foyers de soins francophones malgré la présence d'une population francophone âgée. Les auteurs constatent également, en faisant une comparaison entre les deux groupes linguistiques, qu'en ce qui concerne les foyers de soins spéciaux, la proportion de lits dans les foyers de soins francophones pour mille francophones âgés de 75 ans et plus est plus élevée que la proportion de lits dans les foyers de soins anglophones pour mille anglophones âgés de 75 ans et plus, c'est-à-dire que pour l'ensemble de la province, il y a plus de lits disponibles dans les foyers de soins spéciaux pour les francophones que pour les anglophones. Toutefois, pour les foyers de soins agréés, la proportion de lits dans les foyers de soins francophones pour milles francophones âgés de 75 ans et plus est moins élevée que la proportion de lits dans les foyers de soins anglophones pour mille anglophones âgés de 75 ans et plus[26].

Il y a donc de nombreux aînés de niveaux 3 et 4 en attente de placement sur l'ensemble du territoire de la province. La majorité des francophones en attente proviennent des régions du Nord et du Sud-est de la province. On ne trouve cependant aucun francophone dans cette liste d'attente pour les régions du Sud-ouest et du Centre de la province. Pourtant, les données statistiques indiquent une présence assez importante d'aînés francophones dans ces régions.

Le rapport préparé par l'Institut canadien de recherche sur les minorités linguistiques a clairement montré que la répartition des foyers de soins en fonction de la langue à travers la province est manifestement inégale. Les services en français sont plus rares dans les régions à forte concentration anglophone. Ce rapport révèle également un manque évident de services en français dans les établissements situés dans les régions anglophones de la province qui, pourtant, abrite un certain nombre d'aînés francophones. Lorsque les aînés sont placés dans des établissements dont l'anglais est la langue de fonctionnement, ils se trouvent en situation minoritaire. Comme le rapport l'illustre bien, ce sont les résidents francophones qui doivent s'adapter à la langue du foyer et non l'inverse.

---

[26] *Ibid.*

III – LE CONTEXTE JURIDIQUE ET RÉGLEMENTAIRE DES FOYERS DE SOINS AU NOUVEAUBRUNSWICK

La *Loi sur les foyers de soins* définit un foyer de soins comme « un établissement résidentiel, à but lucratif ou non, exploité dans le but de fournir des soins de surveillance, des soins individuels ou infirmiers à sept personnes ou plus, non liées par le sang ou le mariage à la personne qui exploite le foyer, et qui, en raison de leur âge, d'une infirmité ou d'une incapacité physique ou mentale, ne peuvent prendre entièrement soin de leur personne, mais ne comprend pas un établissement exploité aux termes de la *Loi sur la santé mentale*, de la *Loi sur les services hospitaliers*, de la *Loi hospitalière* ou de la *Loi sur les services à la famille* »[27].

Le fonctionnement de ces établissements est étroitement régi par la *Loi*. Ainsi, l'article 3 prévoit que nul ne peut constituer une corporation dont les fins, ou l'un des objets est de mettre sur pied, exploiter ou opérer un foyer de soins, sans avoir obtenu au préalable l'approbation écrite du ministre du Développement social. La *Loi* prévoit aussi, au paragraphe 4(4), que le ministre peut refuser de délivrer un permis pour exploiter ou opérer un foyer de soins « s'il n'est pas convaincu qu'il est de l'intérêt public » de le faire. Le ministre peut également fixer les conditions et les modalités qu'il estime appropriées lors de l'émission du permis et il peut modifier, annuler ou refuser de renouveler un permis[28]. L'article 24 de la *Loi* prévoit que l'exploitant d'un foyer de soins ne peut ajouter un bâtiment ou des installations à un foyer de soins ni modifier en tout ou en partie les installations ou les bâtiments avant d'avoir obtenu l'autorisation écrite du ministre.

La *Loi* comprend également des dispositions portant sur l'aide financière que la province peut accorder à un foyer de soins. On y prévoit notamment que le ministre peut, avec l'approbation du Cabinet et conformément aux règlements, accorder une aide financière « en vue de faciliter et favoriser la mise sur pied, l'exploitation et l'opération de foyers de soins dans la province »[29]. Finalement, la *Loi* prévoit que le lieutenant-gouverneur en conseil peut établir des règlements concernant les conditions et les modalités d'obtention d'un permis et concernant l'administration et l'exploitation des foyers de soins[30]. Pour sa part, le Règlement du Nouveau-Brunswick 85-187, pris en vertu de la *Loi*, prévoit une série de dispositions portant sur l'exploitation d'un foyer de soins.

---

27 LN-B 1982, c N-11.

28 *Ibid*, art 4(5) et 79(1). Voir également l'article 10, portant sur la nomination d'un fiduciaire.

29 *Ibid*, art 22.

30 *Ibid*, art 29.

A – Les foyers de soins ont-ils des obligations linguistiques envers leurs résidents?

En vertu de la *Loi* et de ses règlements, nous pouvons tirer un premier constat : aucune disposition n'impose d'obligations linguistiques aux exploitants de foyers de soins en ce qui concerne les services qui sont offerts aux résidents. Sur ce point, il est intéressant de noter que la *Loi sur les foyers pour personnes âgées et les maisons de repos*[31] de l'Ontario n'est pas, contrairement à la *Loi* néo-brunswickoise, totalement silencieuse sur le sujet. En effet, le paragraphe 18(8) de cette loi prévoit que le coordonnateur des placements qui aide les personnes à se trouver un foyer ou une maison de repos « tient compte des préférences qu'a celle-ci en ce qui concerne son admission qui sont fondées sur des considérations ethniques, spirituelles, linguistiques, familiales et culturelles » [nous soulignons].

En vertu de la *Loi* et de ses règlements, le gouvernement provincial, par l'entremise du ministre du Développement social, exerce un contrôle important sur l'exploitation et la gestion des foyers de soins. Cela pourrait porter certains à conclure que ces établissements, étant donné le lien organique et financier qui les unit au gouvernement provincial, et ce, bien qu'appartenant à des exploitants privés, sont des institutions du gouvernement du Nouveau-Brunswick, au même titre, par exemple, que les municipalités, et qu'ainsi les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*[32] s'appliquent à leurs activités. Toutefois, nous ne sommes pas convaincus du bien-fondé de cet argument et ne sommes pas prêts à conclure que ces établissements sont des institutions au sens de la *Charte* ou de la *Loi sur les langues officielles*[33]. Cela ne veut pas dire pour autant qu'ils n'ont pas d'obligations linguistiques.

Selon nous, les foyers de soins seraient plutôt des tiers qui offrent des services au nom de la province ou de ses institutions et, par conséquent, ils correspondent aux tiers prévus à l'article 30 de la *Loi sur les langues officielles*. Cet article se lit comme suit :

Si elle fait appel à un tiers afin qu'il fournisse des services pour son compte, la province ou une institution, le cas échéant, est	When the Province or an institution engages a third party to provide a service on its behalf, the Province or the institution, as the case may be, is

31 LRO 1990, c H-13.

32 *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

33 LN-B 2002, c O-0.5.

chargée de veiller à ce qu'il honore les obligations que lui imposent les articles 27 à 29.	responsible for ensuring that its obligations under sections 27 to 29 are met by the third party.

Puisque la province, en vertu de le la *Loi constitutionnelle de 1867*, est responsable de « l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, asiles institutions et hospices de charité », c'est elle qui est constitutionnellement responsable pour les foyers de soins et des soins qui y sont prodigués. Elle a toutefois décidé de confier cette tâche, par voie législative, à des institutions privées. En se faisant, elle ne peut abdiquer ses responsabilités linguistiques. Dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*[34], la Cour suprême du Canada a d'ailleurs indiqué que les législatures et les gouvernements provinciaux ne peuvent contourner leurs obligations en investissant des tiers des pouvoirs gouvernementaux relevant de leur compétence.

À cet égard, il est important de rappeler que le 24 mars 2011, l'Association francophone des aînés du Nouveau-Brunswick (l'AFANB)[35] a déposé une plainte auprès du Commissariat aux langues officielles du Nouveau-Brunswick dans laquelle elle faisait part de ses préoccupations quant à l'absence ou à l'insuffisance de services de soins de longue durée pour les aînés francophones dans certaines régions du Nouveau-Brunswick. Une plainte similaire avait également été déposée par un particulier en 2008. Le Commissariat aux langues officielles avait alors conclu que les foyers de soins font partie du secteur privé et n'étaient donc pas des institutions au sens de la *Loi sur les langues officielles*. Il avait également conclu que la *Loi* ne prévoyait pas que ces établissements étaient officiellement mandatés par le gouvernement provincial pour offrir des services au public. Il en tirait donc la conclusion que l'article 30 de la *Loi sur les langues officielles* ne s'appliquait pas[36].

Or, à la suite de la plainte de 2011, le Commissariat a pris connaissance des conclusions de l'étude de l'Institut canadien de recherche sur les minorités linguistiques, à laquelle nous avons fait référence ci-dessus, et à l'analyse juridique soumisse par l'AFANB. Par conséquent, il a tiré la conclusion « qu'il n'est plus à démontrer que le gouvernement du Nouveau-Brunswick, à travers le ministère du Développement social, joue un rôle non négligeable dans le domaine

---

34 [1997] 3 RCS 844, 152 DLR (4e) 577.

35 Avant 2012, l'association portait le nom d'Association acadienne et francophone des aînées et aînés du Nouveau-Brunswick.

36 Rapport du Commissaire aux langues officielles du Nouveau-Brunswick (novembre 2012) Dossier no 2011 – 1389 à la p 6 [*Rapport CLO*].

des foyers de soin » [nous soulignons][37]. Le Commissaire aux langues officielles ajoute, dans son rapport, que le ministère agit pour le moins « à tire d'observateur actif » dans ce domaine[38]. Puisque le ministère du Développement social est responsable de l'application et de l'exécution de la *Loi*, il exerce donc une autorité incontestable dans l'exploitation et la gestion de ces établissements.

Le Commissaire aux langues officielles souligne également que l'intérêt et les préoccupations du gouvernement provincial pour la situation des aînés ne font aucun doute. Il note, entre autres, que le site Web du ministère du Développement social présente le mandat de la Direction des services aux foyers en ces termes :

> L'Unité des services de foyers de soins s'occupe de planifier, de concevoir, de surveiller et d'inspecter les services fournis aux résidents des foyers de soins. Elle voit à la sécurité des pensionnaires en délivrant des permis aux foyers de soins et en se chargeant de leur surveillance, en assurant la liaison avec les foyers de soins et l'Association des foyers de soins du Nouveau-Brunswick sur des questions pertinentes et en offrant des conseils professionnels aux directeurs des foyers des soins, de même que des conseils en matière de programmes[39].

Le Commissaire aux langues officielles ajoute :

> D'après un article publié le 17 novembre 2012 dans le quotidien de Fredericton The Daily Gleaner et intitulé « Nursing Home Association Urge Solution Unique to Province », l'Association des foyers de soins du Nouveau-Brunswick est d'avis que, « en matière de soins aux aînés, il est temps de créer un modèle qui répondra aux besoins particuliers de notre province ».
>
> Nous ne sommes pas sans savoir qu'il y a de nombreuses composantes à prendre en considération, mais selon nous, le bilinguisme demeure un élément crucial du caractère unique que revêt le Nouveau-Brunswick. De ce fait, la langue devrait être un

---

37 *Ibid* à la p 14.

38 *Ibid* à la p 15.

39 « Services des foyers de soins (Unité) », en ligne : Ministère du Développement social <http://www2.gnb.ca/content/gnb/fr/ministeres/developpement_social/contacts/dept_renderer.140.6464.1871.html#mandat>.

> facteur incontournable dans les différents paliers de la gestion des foyers de soins de notre province [nous soulignons][40].

En tenant compte de ces commentaires, il existe, sans aucun doute, un argument solide pour soutenir que l'article 30 de la *Loi sur les langues officielles* s'applique aux foyers de soins en raison des liens qui les unissent au gouvernement. Il incombe donc à la province, notamment au ministère du Développement social, de veiller à ce que les services offerts aux aînés par les foyers de soins le soient dans l'une et l'autre des langues officielles. Toutefois, pour les raisons qui suivent, nous sommes également d'avis que la province demeure ultimement responsable et qu'elle a une obligation d'agir afin d'assurer le respect des droits linguistiques des aînés qui doivent vivre dans les foyers de soins.

B – La province a-t-elle une obligation positive d'agir?

Bien que les foyers de soins n'aient pas d'obligations linguistiques directes en tant qu'entité privée, cela ne veut pas dire que le gouvernement provincial n'a pas pour autant une certaine responsabilité à leur égard. Dans son rapport, le Commissaire aux langues officielles a conclu que l'absence de politique claire ou de prise de responsabilité par le gouvernement provincial en ce qui concerne cette question « alimente la problématique observée ». Il insiste sur l'importance de faire de la langue une priorité dans le domaine des soins des aînés. Il ajoute que toute démarche en ce sens constituerait une mesure positive au sens de l'article 3 de la *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau- Brunswick*[41] (*Loi sur l'égalité des communautés*). Il demande donc au gouvernement provincial de s'engager fermement à prendre les mesures qui s'imposent pour que les aînés francophones disposent d'un accès égal à des foyers de soins où ils recevront des services dans leur langue officielle[42]. À ce jour, le gouvernement provincial n'a pris aucune action relativement aux recommandations du Commissaire aux langues officielles. Portons maintenant notre attention sur les obligations de la province.

1) L'article 16.1 de la *Charte*

L'article 16.1 de la *Charte* comporte vraisemblablement une obligation pour le gouvernement de prendre des actions positives. Il se lit comme suit :

---

40 *Rapport CLO*, *supra* note 36 à la p 16.
41 LN-B 1981, c O-1.1.
42 *Rapport CLO*, *supra* note 36 à la p 14.

(1) 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.	(1) The English linguistic community and the French linguistic community in New Brunswick have equality of status and equal rights and privileges, including the right to distinct educational institutions and such distinct cultural institutions as are necessary for the preservation and promotion of those communities.
(2) Le rôle de la législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick de protéger et de promouvoir le statut, les droits et les privilèges visés au paragraphe (1) est confirmé.	(2) The role of the legislature and government of New Brunswick to preserve and promote the status, rights and privileges referred to in subsection (1) is affirmed.

Dans l'arrêt *Charlebois c. Moncton (Ville)*[43], la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick s'est penchée sur le sens à donner à cet article. Dans cet arrêt, la Cour était notamment appelée à déterminer si les municipalités du Nouveau-Brunswick sont soumises aux dispositions relatives aux droits linguistiques contenues dans la *Charte*. Selon la Cour d'appel, le principe d'égalité des communautés linguistiques officielles reconnu à l'article 16.1 permet de mieux cerner l'objet des garanties linguistiques. Selon elle, l'article 16.1 témoigne de l'engagement du législateur envers l'égalité des communautés de langue officielle :

> 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. […] Le principe de l'égalité des deux communautés linguistiques est une notion dynamique[44].

---

43 2001 NBCA 117, 242 RN-B (2e) 259 [*Charlebois*].

44 *Ibid* au para 80.

Pour sa part, 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. Cette disposition comporte, à l'instar de l'article 23[45] de la *Charte*, une dimension collective et impose au gouvernement provincial l'obligation d'intervenir de façon positive pour assurer le respect et l'application réelle de ces garanties linguistiques.

Le principe de l'égalité des deux communautés francophone et anglophone du Nouveau-Brunswick inscrit à l'article 16.1 de la *Charte* constitue un indice révélateur de l'objet des garanties linguistiques qui y sont prévues. En décidant, en 1993, d'inscrire ce principe dans la *Charte*, l'élevant par le fait même au rang de principe juridique fondamental de la province, le constituant avait l'intention d'établir clairement son engagement envers la réalisation de l'égalité des communautés linguistiques officielles. Cette disposition réaffirme et concrétise l'engagement que le législateur avait pris en 1981[46] en adoptant la *Loi reconnaissant l'égalité des communautés*. L'article 16.1 constitue une disposition constitutionnelle unique tout à fait particulière au Nouveau-Brunswick, ce qui a pour conséquence de réserver à la province une place distincte au sein des provinces canadiennes en ce qui concerne la reconnaissance de droits linguistiques.

L'interprétation qu'a donnée la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick à l'article 16.1 est étroitement liée aux conclusions énoncées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Beaulac*[47] à l'égard de la nature et de la portée du principe de l'égalité. L'objet de l'article est clair : il 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[48]. De plus l'article 16.1 possède un caractère réparateur et impose des obligations positives à l'État. Selon la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, l'article 16.1 n'est pas un énoncé de principe sans conséquence juridique; il s'agit d'une disposition attributive de droits substantiels qui exige une mise en œuvre concrète :

---

45 L'article 23 de la *Charte* protège le droit à l'éducation pour les communautés minoritaires de langue officielle de chaque province et territoire.

46 Voir le Journal des débats de l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick, session de 1992, le 4 décembre 1992 aux pp 4708-21.

47 *R c Beaulac*, [1999] 1 RCS 768, 173 DLR (4e) 193.

48 *Charlebois*, *supra* note 43 au para 80.

> [L'article 16.1] 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 officielles [nous soulignons][49].

Puisque l'article 16.1 met en œuvre le principe de l'égalité réelle, il peut justifier qu'un traitement différent soit accordé à la minorité linguistique afin de répondre à ses besoins et à ses défis particuliers. Comme l'indique la Cour d'appel :

> 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'avérait 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 réelle égalité de statut. Cette dernière exigence s'inspire du fondement même du principe de l'égalité [nous soulignons][50].

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.

Considérant le rôle important que joue le gouvernement provincial dans le domaine des soins aux aînés, nous sommes d'avis que l'article 16.1 et notamment le paragraphe 16.1(2) lui impose une obligation positive d'agir et de prendre les mesures nécessaires afin de garantir un accès égal aux foyers de soin pour la communauté francophone. Le ministère du Développement social, dans sa planification des soins pour les aînés, doit reconnaître et appuyer l'engagement d'offrir aux aînés francophones des services dans leur langue. En n'agissant pas,

---

49 *Ibid.*
50 *Ibid.*

le gouvernement provincial manque à ses obligations constitutionnelles qu'il a en vertu de l'article 16.1 de la *Charte*.

2) La *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*

Bien que notre propos à l'égard de l'article 16.1 de la *Charte*, énoncé dans la section précédente, s'applique également à la *Loi reconnaissant l'égalité des communautés*, certaines particularités propres à cette loi sont dignes de mention.

La *Loi reconnaissant l'égalité des communautés* contient une vision plus détaillée de la dualité des communautés linguistiques au Nouveau-Brunswick que celle que contient l'article 16.1 de la *Charte*. En premier lieu, notons que le préambule de la loi est éloquent. Son libellé précise qu'un des objets du législateur, en adoptant cette loi, est d'accroître les possibilités, pour la communauté linguistique française, de profiter de son héritage culturel et de le sauvegarder pour les générations à venir. C'est la raison pour laquelle le législateur a jugé qu'il était important de reconnaître le principe de l'égalité de statut des deux communautés linguistiques. Cette loi quasi-constitutionnelle, qui doit s'interpréter de façon large et libérale, conformément à son objet, doit nécessairement être contraignante. En effet, l'on ne saurait douter de la force normative de la *Loi reconnaissant l'égalité des communautés* qui, du propre aveu du législateur, « doit fournir un cadre d'action aux institutions publiques ». Que prévoit donc ce cadre d'action?

D'abord, la *Loi reconnaissant l'égalité des communautés* affirme l'égalité de statut et l'égalité des droits et privilèges des deux communautés linguistiques officielles de la province. Ensuite, elle prévoit que le gouvernement du Nouveau-Brunswick doit « assurer » la protection de l'égalité de statut et de droit et privilège des communautés linguistiques officielles et en particulier de « leurs droits à des institutions distinctes où peuvent se dérouler des activités culturelles, éducationnelles et sociales ». Cette loi n'a pas encore fait l'objet d'une interprétation judiciaire, mais il est fort probable, le cas échéant, qu'un tribunal tire la conclusion qu'elle offre, à la communauté linguistique française, une protection institutionnelle plus généreuse que celle conférée par l'article 16.1 de la *Charte*.

Enfin, le législateur, en adoptant la *Loi reconnaissant l'égalité des communautés* en 1981, prévoyait, de façon non équivoque, que « dans la répartition des ressources publiques et dans ses politiques et programmes », qu'il proposera dorénavant, il encouragera, « par des mesures positives », le « développement

culturel, économique, éducationnel et social des communautés linguistiques officielles ». Par conséquent, tous les faits dont nous avons pris connaissance nous force à conclure que le gouvernement du Nouveau-Brunswick a complètement ignoré la *Loi reconnaissant l'égalité des communautés* en ce qui concerne les foyers de soin. Aucun document gouvernemental et aucune déclaration ministérielle ne permettent de croire que le gouvernement du Nouveau-Brunswick se soit penché sur la question de savoir comment ses actions dans ce domaine peuvent contribuer au développement social, éducationnel, économique ou culturel de la communauté linguistique française et notamment des aînés francophones.

CONCLUSION

Bien que nous ne puissions conclure avec certitude que les foyers de soins ont des obligations linguistiques, nous pouvons néanmoins tirer certaines conclusions de l'analyse qui précède. En premier lieu, puisque la province a choisi d'exercer sa compétence constitutionnelle en matière de soins aux aînées par l'entremise de ces établissements privés, ils sont forcément des tiers au sens de l'article 30 de la *Loi sur les langues officielles*. En tant que tiers qui offrent des services pour le compte de la province, ils doivent offrir ces services de façon à respecter les obligations qui incombent au gouvernement en matière linguistique.

Deuxièmement, la province ne peut abdiquer ses obligations en vertu de la *Charte* et en vertu de la *Loi sur l'égalité des communautés* tout simplement parce que ses compétences sont exercées par un tiers. En vertu de la *Charte* et de la *Loi sur l'égalité des communautés*, elle est tenue de prendre les mesures positives afin de respecter l'égalité des langues officielles et l'égalité des communautés de langue officielle dans la prestation des services aux aînées. Ce faisant, elle doit conséquemment apporter les modifications qui s'imposent aux lois et aux programmes pertinents afin d'assurer un accès égal à des soins de santé égaux pour les aînés francophones où qu'ils se trouvent dans la province. Il ne faut pas oublier qu'en adoptant les lois linguistiques, la province n'a pas opté pour une approche territoriale, mais plutôt pour une approche personnalisée qui garantit à tous les citoyens, où qu'ils se trouvent, un accès à des services dans la langue officielle de son choix. Dans le cas qui nous intéresse, la *Loi* donne à la province les pouvoirs de réglementation sur les foyers de soins pour personnes aînées. Cette *Loi* doit respecter les obligations de la province en matière linguistique. Elle doit donc s'assurer qu'elles offrent à tous, quelles que soient leurs langues officielles, un accès à des foyers de soins qui offrent des services dans leur langue. Si des modifications législatives sont nécessaires pour atteindre cet

objectif, alors la province a l'obligation de prendre les moyens nécessaires pour les apporter. Une chose demeure claire, la province ne peut continuer à ignorer ses obligations dans ce domaine.

(2016) 3 RDL 20

CONSIDERING AN APPROPRIATE LANGUAGE POLICY FOR JUDICIAL PROCEEDINGS IN SOUTH AFRICA

Koos Malan*

ABSTRACT

This article considers the most appropriate policy for language use, more in particular the use of the official languages in South African courts. The point of the departure is that the courts are in the service of the public, and not the other way around. Hence the arrangements regarding the use of languages have to be such that they best account for the particular needs of all South Africa's communities. In addition such arrangements have to give effect to the rights of everyone appearing in the courts as parties, witnesses and accused persons; effectively promote the smooth administration of justice and protect and advance the indigenous languages.

Against this backdrop the constitutional provisions pertinent to the present matter, namely sections 6(2), section 35(3)(k) in relation to criminal matters, and section 34 pertaining to civil litigation, are analysed. Relevant legislative provisions are also referred to and case law discussed. This leads to the conclusion that the use of English as the only language of record would severely obstruct effective access to justice. Such obstruction would be to the detriment mostly of indigent people who lack the means to overcome the language barrier between themselves and an English-speaking court by acquiring legal representation (in criminal cases) and of legal representation and interpreting services (in civil cases).

Conversely, the increased use of the indigenous official languages as languages of record is bound to promote effective and equal access to justice for all members of society. The transformation of the judiciary which has the effect of an increasing number of first language speakers of the indigenous African languages being appointed to the bench and elsewhere in the legal sector, facilitates the increased use of these languages. Various proposals are made on how the official languages may be used within various linguistic settings in the courts.

* Professor of public law, University of Pretoria. Koos.malan@up.ac.za.

INTRODUCTION

In this article the use of languages, more in particular the use of the official languages, in South African courts is being examined in an attempt to determine what policies would be the most appropriate to satisfy the needs of the members of all language groups in so far as they may be involved in the administration of justice. It is argued that the most appropriate policies would be those that best account for and optimally affords protection to the following interests:

- the rights of people appearing in court (in whatever capacity, either as parties, witnesses or accused persons);
- the promotion of smooth and effective administration of justice; and
- the protection and promotion of the indigenous languages of the country.

The discussion covers both the official and the unofficial use of language in court. The official use of language refers to the language of record, that is, the language in which the proceedings of the court are recorded and preserved. This should be distinguished from the non-official use of language, that is, the language used by witnesses in oral testimony. The latter is often different from the language of record, and in many instances it must be translated into the language of record.[1]

The policies concerned must be aimed at resolving the serious problem resulting from the fact that English is increasingly becoming the sole language of record, a phenomenon which does not only have a detrimental effect on all the other official languages but, and this is even more appalling, also on ordinary people who are not fully conversant with the English language and in seeking access to South African courts must rely on interpreters or, to the best of their ability, avail themselves of the English language. This is to a large extent due to human resources policies pursued in South Africa. These policies, which are also applied in the justice sector, are propelled by the drive to achieve racial representivity in all parts of the country in disregard of the linguistic demographics and needs of South Africa's language communities.[2] The increasing use of English in South African courts at the expense of all non-English speaking accused, litigants and witnesses – representing more than 90 percent of the South African population –

---

1 For a comprehensive explanation of the concept and ambit of language of record see K. Malan, "Observations on the use of the official languages for the recording of court proceedings" (2009) Journal of South African Law - Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg (TSAR) 141 at 143-45 [Malan, "Observations on the use of the official languages…"].

2 K. Malan, "Observations on representivity, democracy and homogenization" (2010) Journal of South African Law - Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg (TSAR) 427-449.

and to the detriment of all other South African languages, should be a serious concern bearing in mind the interests referred to in the first paragraph which should be protected. However, the policies concerned are applied in total disregard of the rights of individuals who are seeking access to justice; they operate to the detriment of one of the most precious indigenous cultural assets in South Africa, namely the indigenous languages; and they impair the fair, smooth and effective administration of justice.

In assessing the proposed policies, I start off by outlining what should be the fundamental premise upon which these policies should be based. This introduction fits into the second part which is a discussion of the constitutional provisions which are of particular importance to language use in the administration of justice. Reference is also made to the judicial pronouncements on the use of the official languages in court. I also reflect on the legislative provisions relating to language use in judicial proceedings. The last part of the discussion deals with the practical policy proposals on the use of the official languages in both criminal and civil courts.

I – FUNDAMENTAL PREMISE

The fundamental premise underpinning a sound language policy for the judiciary is that courts are there for the people, not the people for the courts.[3] Courts should be organised in such a way that they best respond to the distinctive needs of the communities of the country concerned, in the present case to the variant needs of all South African communities. In consequence, any language policy for South African courts should be an indigenous South African one. This implies a policy which meets the needs of the South African citizenry and the various South African communities in the best possible way. It should also embrace the indigenous cultural assets of the country concerned – in this case, the indigenous languages of South Africa. Language policy in the courts must account for the fact that the average person's confrontation with the criminal justice system is a rather frightening experience. For most people the courtroom is an unfamiliar and intimidating place. They enter the courtroom with little or no knowledge of their rights and how to behave. The daunting courtroom situation is exacerbated when accused persons and witnesses either do not understand the language used by the

[3] See in this regard the apt remarks made by the court in *S v Pienaar* 2000 2 SACR 143 (NC) para 9 150F-G [*S v Pienaar*].

court at all or have but a limited knowledge thereof.[4] Moreover, in many cases accused and witnesses in South Africa are poorly educated and in most cases they do not have legal representation.[5]

These realities obviously informed the language provisions in the Constitution, more particularly the constitutional injunction that the state must enhance the status and promote the use of the indigenous languages as discussed in II-A below. Whilst acknowledging the importance of the leading international languages of our time, such as English, French, Mandarin and Spanish, in international, political and economic relations, domestic public policies, including policies pertaining to the language use in court proceedings, should in the first place be dictated by the distinctive demands and interests of the country in question, comprising in the present case, the full range of all South African communities. South Africa has a large number of languages and cultural communities. As will be indicated in the next section essentially the languages of all the permanent communities in South Africa enjoy a constitutional recognition.

A policy responding to the distinctive needs of South African communities is destined to give optimal effect to the second important premise of such policy, namely that it has to be genuinely democratic. By this I mean that the members of all communities in the country must enjoy maximum and equal access to the courts. No one, irrespective of her/his background, may, in pursuance or defence of a case be cowed by anything that could pose an awkward and unfamiliar situation in court. Democratic accessibility in this context means unhindered and easy access to the courts which should be available to every person who needs to state her/his case. The courts must be organised accordingly. Policies on language in courts must be tailored to meet the needs of the members of all communities, thus constituting a people-sensitive justice system. The courts must not be exclusively elitist institutions and, more in particular, not primarily institutions for

---

4 A. Mazrui, "Globalism and some linguistic dimensions of human rights in Africa" in P.T. Zeleza and P.J. McMonnaughay, *Human rights, the rule of law, and development in Africa*, University of Pennsylvania Press, 2004, 52 at 66.

5 D. Cote, *The right to language use in South African criminal courts*, Minor LLM dissertation (2005) University of Cape Town, online: <http://uctscholar.uct.ac.za/PDF/1411_CoteD_2005.pdf> accessed on 21 April 2014 3 [Cote, *The right to language use.*…]; J.M. Hlophe, "Receiving justice in your own language" (2004) Advocate 45 [Hlophe, "Receiving justice in your own language"]; C. Matthias and N. Zaal, "Hearing only a faint echo? Interpreters and children in court South African" (2002) South African Journal on Human Rights 350-71 explain how the use of languages in court that people do not understand assume even more serious proportions in the case of child witnesses. This situation is severely worsened as a result of the fact that the vast majority of accused appear in person and is not legally represented.

lawyers. Lawyers are the servants – the officials – of the court and those they represent; they are not an elitist class enjoying preferential treatment within the justice system. Democratic accessibility also implies that cases must be decided cheaply, speedily and in a manner best understood by the parties, witnesses and accused.

Applied to the question of language use in South African courts, this fundamental premise entails two closely linked dictates. The first pertains to the way in which the South African languages as such should be dealt with in policies regarding language use in courts. The second dictate pertains to the rights of the speakers of these languages when they appear in court, more in particular, it must be determined which policies are best suited to protect and promote the language rights of persons who appear in South African courts, such persons being accused persons in criminal proceedings, parties in civil proceedings and witnesses in either criminal or civil litigation. The South African Constitution addresses both concerns – the languages as such as well as the rights of the people concerned. The first concern – regarding languages as such – is addressed by section 6(2), read with the parity of esteem provision in section 6(4), all forming part of the official language clause. The second concern – regarding the rights of those who appear in the courts – are addressed by section 34 and section 35(3)(k). Legislative provisions – rule 61 of the *Uniform Rules of the High Court*, section 6 of the *Magistrates Court Act*, section 5(2) of the *Small Claims Court Act* and rules 14 and 25 of the *Rules of the Constitutional Court* – are also relevant to the present question and are therefore also referred to. Relevant case law will also be discussed. Some of the legislative provisions are dated in that they do not account for the constitutional provisions on the official languages. Others, especially those dealing with the translation of evidence, necessary as they are, still fail to account for the problems that accompany the translation of evidence and are also arguably at variance with the best interpretation of the mentioned constitutional provisions. These constitutional provisions are now discussed.

II – CONSTITUTIONAL AND LEGISLATIVE PROVISIONS

The South African state came into existence in 1910 when the four then British of the Transvaal, the Free State, the Cape colony and the Natal colony formed the Union of South Africa. The constitutional dispensation was race-based and made provision for the white minority rule. Two official languages were provided for namely English and Dutch (which was later on replaced with Afrikaans.) Afrikaans is largely an offspring of Dutch. The largest segment of mother tongue is the so-called coloured people, living mainly in the Western and Northern Cape

provinces (See annexure A) and well as the (white) Afrikaners who are spread over the country. There are nine indigenous African languages, spoken mainly by the various African ethnic groups and accounting for approximately eighty percent of the national population (See Annexure B). All these languages are concentrated in specific areas in South Africa (See annexure A). None of these languages enjoyed official status under the constitutional arrangement of 1910. Under the policy of territorial separatism pursued specifically by the National Party since 1948 most of these languages received official status in the bantustans that were created in terms of this policy.[6] White minority rule came to an end in 1994 when the interim constitution[7] entered into force. This constitution was soon to be replaced by the present (1996) South African constitution[8] which took effect in 1997. The constitutional transition also brought about major changes in the official languages dispensation. All the African languages now have official status together with English and Afrikaans. Hence, section 6(1) of the Constitution now provides that South Africa has eleven official languages namely Sepedi, Sesotho, Setswana, siSwati, Tshivenda, Xitsonga, Afrikaans, English, isiNdebele, isiXhosa and isiZulu. In spite of this the position of English has substantively strengthened over the past two decades to such an extent that South Africa is now viewed as an English speaking country[9] specifically when it comes to the official use of the languages by the various branches of state power. In the present discussion the focus is specifically on one of the branches namely within the judiciary sector.

A – Section 6(2) read with section 6(4) and languages for the recording of judicial proceedings

Section 6(2) calls for specific attention in the present context. The other provisions of section 6, dealing with language use in the national, provincial and municipal spheres of government, and the self-regulatory and monitoring measures, as well as the Pan South African Language Board, are not pertinent to the present discussion.

Having declared eleven languages as South Africa's official languages in section 6(1), the Constitution provides in section 6(2) as follows:

---

6 The official language dispensations provided for in successive South African constitutions are discussed in detail in K. Malan, "The discretionary nature of the official language clause of the Constitution" (2011) 26:2 *Southern African Public Law* 381-407 [Malan, "The discretionary nature of the official language clause…"].

7 Constitution of the Republic of South Africa 200 of 1993.

8 Constitution of the Republic of South Africa, 1996.

9 R.W. Johnson, *South Africa's brave new world: The beloved country since the end of apartheid* (London: Allen Lane, 2009) at 370.

> Recognising the historically diminished use and status of the indigenous languages of our people, the state must take practical and positive measures to elevate the status and advance the use of these languages.

Section 6(2) must be read in conjunction with the last part of section 6(4) which reads:

> Without detracting from the provisions of subsection (2), all official languages must enjoy parity of esteem and must be treated equitably.

In discussing section 6(2) below the following three aspects will be elucidated. First, the obligations incurred by the courts in terms of this section; secondly, the languages envisaged by section 6(2); thirdly, the action to be taken, specifically by the courts and by organs of state responsible for the administration of justice, to give effect to section 6(2). This third aspect will be dealt with in conjunction with section 6(4).

1) Who bears obligations?

According to section 6(2) the obligations to take practical and positive measures to elevate the status and advance the use of the languages mentioned in the subsection, rests upon the "state". Section 6(2) is markedly wider than the rest of section 6, which places obligations on the national, provincial and local government (section 6(3)) and on the national and provincial governments (section 6(4)). The notion, "state" should therefore include all bodies that fall within the definition of organ of state as envisaged in section 239 of the Constitution but should also, as argued in the next paragraph, include other bodies not mentioned in that definition.

Section 239 includes in its definition, not only departments of state or administrations in the national, provincial or local sphere of government, but also any other functionary or institution, exercising a power or performing a function in terms of the Constitution or a provincial constitution, or exercising a public power or performing a public function in terms of any legislation.[10] This includes

[10] Section 239 of the Constitution defines an organ of state as follows:
(a) any department of state or administration in the national, provincial or local sphere of government; or
(b) any other functionary or institution-
(i) exercising a power or performing a function in terms of the Constitution or a provincial constitution; or
(ii) exercising a public power or performing a public function in terms of any legislation, but does not include a court or a judicial officer.

bodies such as those provided for in Chapter 9 of the Constitution, namely the Public Protector, the South African Human Rights Commission, the Commission for the Promotion and Protection of the Rights of Cultural, Religious and Linguistic Communities, the Commission for Gender Equality, the Auditor-General, and the Independent Electoral Commission. Public education facilities such as public schools also fall within the definition of organs of state. Though courts are excluded from the definition of organ of state, they are indispensable segments of the state exercising their own distinctive form of governmental power, namely judicial power alongside the exercising of legislative and executive power by the legislative and the executive, respectively. For that reason the judiciary, including all the courts, being a *conditio sine qua non* for the state, is obviously a segment of the state as envisaged by section 6(2) and therefore obligated to execute the constitutional duties imposed by that section.[11] For that very reason the courts, like all other state institutions, must pay heed to section 6(2) by elevating the status and advancing the use of the indigenous languages identified in that provision through affirmative, practical and positive measures that would overcome the consequences of their erstwhile diminished use and status. The courts, like all other state institutions, must show that they are in fact taking steps to give effect to this provision. Any neglect to do so would be unconstitutional. Moreover, by the same token, the policies pursued regarding the use of languages in the courts, including policies regarding the use of the official languages as languages of record, cannot be viewed as essentially a political issue[12] since these policies must account for and give effect to the dictates of this peremptory constitutional provision.

a) Which languages are to benefit from the measures of section 6(2)?

It is instructive that section 6(2) does not refer to official languages but to indigenous languages, more in particular those that suffered historically from diminished use and status. This category of languages might therefore also include the Khoi, Nama and San languages, which, although being the mother-tongues of certain indigenous communities, are not official languages.[13]

---

11 The argumentation in *S v Pienaar*, *supra* note 3 at para 30 (156F-G) renders support for this construction of the meaning of "state."

12 This is the erroneous view that Mr Justice Chaskalson, at the time the president of the Constitutional Court, expressed in an interview in March (2001) *De Rebus* 12.

13 These languages in the words of section 6(2) are also "indigenous languages of our people" that "historically suffered from diminished use and status" as envisaged by section 6(2) and they are by name referred to in section 6(5), as languages which the PANSALB has to promote.

The two official languages not earmarked for the benefit envisaged by section 6(2) are English and Afrikaans. English is excluded arguably for two reasons: First, because it is not an indigenous language,[14] and secondly, because it has not "suffered historically from diminished use and status." Moreover, it commands tremendous power as the dominant language of trade and industry in South Africa, and has been one of the official languages since the establishment of the Union of South Africa in 1910. Afrikaans is indigenous to South Africa.[15] However, it was an official language since 1925[16] and has been dealt with on a par with English in all official matters,[17] and has also made considerable headway in the field of education.[18] After the present (1996) Constitution took effect Afrikaans, in contrast to English, has substantively deteriorated in a number of key areas, including as a means of communication in the public service, for drafting national legislation, for recording court proceedings and for educational purposes, thus causing the use of Afrikaans to be diminished and its status depreciated.[19]

b) What should the measures in terms of section 6(2) entail?

Section 6(2) is couched in mandatory terms in that the state *must* take measures referred to in the subsection. However, the substance of the measures is not spelt out. This affords the institutions bound by the provision a wide discretion to determine what these measures should be, thus underscoring the general discretionary nature of the official language clause.[20] This constitutional provision implies promotional or encouragement measures in relation to the languages

14 However, see K. Malan, "n Oorweging van die sosiopolitieke kragte wat inwerk op die betekenis en toepassing van die diskresionêre taalklousule van die Suid-Afrikaanse grondwet" (2012) LitNet Akademies 55 at 75, online: <http://www.litnet.co.za/Article/n-oorweging-van-die-sosiopolitieke-kragte-wat-inwerk-op-die-betekenis-en-toepassing-van-di> (accessed on 21 January 2015) and the sources quoted there.

15 Although Afrikaans is very similar to Dutch it is at least indigenous in the sense that it has developed its own distinctive character in South Africa.

16 Afrikaans enjoyed official status alongside English in place of Dutch since 1925 in terms of section 1 of the *Official Languages of the Union Act* 8 of 1925.

17 This was in terms of consecutive constitutional provisions since the inception of the Union of South Africa, namely section 137 of the *South African Act* of 1909; section 108 of the 1961 constitution, and section 89 of the 1983 Constitution.

18 See in this regard for example J.S. Steyn, *Ons gaan 'n taal maak: Afrikaans sedert die Patriotjare*, 2014 who discusses various aspects of this.

19 As discussed in K. Malan, "Observations and suggestions on the use of the official languages in national legislation" (2008) *Southern African Public Law/Publiekreg* 59-76; Malan, "Observations on the use of the official languages…", *supra* note 1; K. Malan, "Die Grondwet, onderwysowerhede en die pad vorentoe vir Afrikaanse skole" (2010) Tydskrif vir Geesteswetenskappe Journal of Human Sciences 261-283.

20 Malan, "The discretionary nature of the official language clause…", *supra* note 6.

identified in the subsection. The measures envisaged by section 6(2) do not necessarily enjoin the state to use these languages for official purposes, more in particular in this context, for the recoding of court proceedings. They also do not create any rights for members of any particular linguistic community.

However, viewed from a socio-linguistic point of view, the dual obligation to elevate the status and advance the use of a language seems to have been carefully considered. Status and use are intertwined and mutually reinforcing. If the status of a language rises, its use is bound to rise as well; and if its status diminishes, its use can be expected to diminish as well. Measures elevating the status and increasing the use of a language should obviously also entail the modernisation and expansion of the lexicon of the language, concerned.[21] Such development could promote the utilisation of a language for higher functions such as those pertaining to government, education and economic engagement. Once the use of a language expands beyond the domestic and private spheres, a general improvement of the expressive ability of that language is inevitable and its enhanced status will, in all likelihood, render its mother-tongue users less reluctant to adopt a new language.

Experience has shown that when economic or other benefits are at stake, communication between people will more often than not be conducted in a language of higher status at the expense of another language of lower status, even though the home language of one or more (and sometimes even all) the parties concerned happens to be a language of lower status and therefore of less social attraction.[22] The use of the languages referred to in section 6(2) would clearly be a measure that would contribute towards the use of such languages and the enhancement of their status as contemplated by this provision.

Over the past two decades, since the advent of South-Africa's constitutional transition, it has become increasingly feasible to introduce the recording of court proceedings in any of the indigenous African languages. Numerous black people have in the past two decades been appointed as judges (presiding in the superior courts), magistrates (presiding in the lower courts), state advocates, state attorneys, state prosecutors, etc.[23] Their mother-tongues are almost without

---

21 J.S. Steyn, *Tuiste in eie taal* Kaapstad: Tafelberg, 1980 at 34-36.

22 *Ibid* at 18-21.

23 In October 2013, according to statistics obtained from the Magistrate's Commission of South Africa per Mr Michael Nieuwoudt (and on file with the author), 43 percent of all magistrates were African (and 60 percent were black African, Indian and Coloured); According to statistics obtained from the Judicial Service Commission of South Africa (and on file with the author), on 31 December 2013 108 of the total of 243 judges of the superior courts were African and therefore in all likelihood mother-tongue speakers of one or more of the African

exception one of the African languages, or they are at least fluent in one or more of these languages. These are the very languages earmarked in section 6(2) in terms of which the opportunity is afforded to use these languages for official purposes and therefore also in South African courts. However, despite the vast changes in the staff profile in the justice sector this opportunity has not as yet been seized. It would be difficult, if not impossible, to justify the continued failure to do so. As the discussion in II-B and II-C below will show, the constitutional right to fairness in criminal and civil trials dictates the use of these languages as languages of record.

What should be the fate of the other official languages (English and Afrikaans) as far as their use in judicial proceedings is concerned? More in particular, how should section 6(2) be read in relation to its possible impact on the use of those two languages? In order to answer this question it is at the outset important to realise that section 6(2) has to be read in conformity with the last part of section 6(4) which provides as follows:

> Without detracting from the provisions of subsection (2), all official languages must enjoy parity of esteem and must be treated equitably.

Hence, the corrective measures envisaged in terms of section 6(2), peremptory as they may be, may not be interpreted and applied in a way that would detract from parity of esteem of any of the other official languages, and would lead to any of them not being treated equitably. This accords with a statement of the Constitutional Court in the first certification judgment, namely that the introduction of eleven official languages in place of the erstwhile two should and does not mean a reduction of the status of any of the previous two.[24] It is submitted that within the context of the use of the official languages as languages of record, the implications should be those set out below.

First, the languages already used as languages of record should be retained for that purpose, especially in those cases where all involved are speakers of the same language. A staff policy should be pursued to maximise the number of cases where such result could be achieved. In that way a language that already enjoys optimal use and esteem, because of its high-function use as a language of record, would retain that status. A policy pursued to give effect to section 6(2) in terms of which the indigenous African languages are employed as languages of record in

languages. The total number of black judges including persons of African, Indian and Coloured origin on that date was 154 and the total number of white judges 89.

24 *In re Constitution of the RSA, 1996* 10 BCLR 1053 (CC) at para 212 1327C-D.

circumstances where the use and status of any of the other two official languages (English or Afrikaans) are infringed upon would be unjustifiable if it amounts to a violation of the principle of parity of esteem in conflict with section 6(4).

Secondly, if only one language, more in particular English, is selected for the recording in circumstances where any of the others – those envisaged in section 6(2) as well as Afrikaans – may be used, it will also be incompatible with both section 6(2) and section 6(4). It would amount to a disregard of section 6(2) owing to a failure to utilise an opportunity to enhance the status and advance the use of the indigenous African language. As far as Afrikaans is phased out to allow only for English to be used, it would, in disregard of section 6(4), amount to inequitable treatment of Afrikaans and placing it, together with the indigenous African languages, in a position of disparity compared to English.

I now turn to discussing section 35(3)(k) which relates to language use in the criminal courts. Attention will then be focussed on language use in the civil courts with reference, amongst other things, to section 34. As the discussion will show, the rights provided for in section 35(3)(k) and 34 are also closely bound up with the use of the languages as languages of record.

B – Section 35(3)(k) and language use in criminal proceedings

Section 35(3)(k) provides as follows:

> Every accused person has a right to a fair trial, which includes the right-
> […]
> (k) to be tried in a language that the accused person understands or, if that is not practicable, to have the proceedings interpreted in that language.

Section 6(2) of the *Magistrates Courts Act*[25] which deals with the translation of evidence in criminal proceedings is also pertinent in the present context. It provides as follows:

> If, in a criminal case, evidence is given in a language with which the accused is not in the opinion of the court sufficiently conversant, a competent interpreter shall be called by the court in order to translate such evidence into a language with which the

[25] *Magistrates Court Act*, 32 of 1944.

> accused professes or appears to the court to be sufficiently conversant, irrespective of whether the language in which the evidence is given, is one of the official languages or of whether the representative of the accused is conversant with the language used in the evidence or not.

These interpreters are provided at the expense of the state. The same approach is followed in criminal proceedings in the High Court.

Section 35(3)(k) does not provide for a language right as such. The more correct interpretation is that it provides for an essential ingredient, alongside a number of other elements outlined in section 35(3), of the right to a fair trial.[26] It is a communication right which is an essential prerequisite for a trial to be fair. It is a fundamental aspect of the right to a fair trial because various other elements of that right, most notably the right to testify and to challenge evidence, are dependent on it. Section 35(3)(k) requires an accused to be placed in a position to understand and to participate in the proceedings in which her/his interests are profoundly at stake, in the most effective way possible. This requirement is necessary to ensure that the purpose of the present constitutional right, namely to achieve fairness in criminal trials, be optimally achieved. As regards the question of language, a generous interpretation (instead of a restrictive approach, which courts have to pursue in relation to constitutional rights[27]) dictates that the accused should be placed in a position to understand and participate in the most effective way possible and obviously not in a way that restricts the accused person's understanding of and hampers her/his participation in the proceedings. That would quite obviously dictate that the accused should preferably be tried in a language she/he understands, but more specifically in a language that he or she understands best, which ordinarily would be her/his mother-tongue and not a language that she/he is not fully acquainted with.[28] Concerns about equality, particularly with regard to equal and effective access to the courts, are also pertinent to the language issue in the present context. It would be untenable to have a policy of language use in court which promotes and facilitates access to

---

[26] V. Cardi, "Regional minority language use before judicial authorities: Provisions and facts" (2007) *JEMIE* (Published by the European Centre for minority issues) 4. This was also the interpretation of the Supreme Court of Canada in *Societé des Acadiens du Nouveau-Brunswick v Association of parents for Fairness in Education*, [1986] 1 SCR 549. It may also be termed a communication right as N. Steytler, *Constitutional criminal procedure*, 1998 at 361 calls it [Steytler, *Constitutional criminal procedure*].

[27] Courts must interpret constitutional rights in such a way that it ensures for individuals the full measure of its protection. See in this regard *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (CC) at para 9-10, specifically at para 10 667A. See also *S v Zuma* 1995 4 BCLR 401 (CC) at paras 13-15.

[28] There is judicial support for this view in *S v Pienaar*, *supra* note 3 at para 19 (153A-B).

one group but obstructs similar access to another group. The discussion will show that a policy in terms of which only English is recognised as the language of record in court is (unwittingly) premised on inequality. It provides smooth access to justice in criminal and civil matters to first language English speakers but denies or severely obstructs similar access to members of all other language communities.

1) The preferred scenario

Dealing with the language aspect of the right to a fair trial, section 35(3)(k) envisages two scenarios – here referred to as the preferred scenario and the alternative scenario, respectively. The first one is the scenario in which the language of the accused, in the words of the Constitution, is, "the language which the accused person understands", is the same as the language of the court, that is, the language of record. In this scenario there would be no need for interpreting the proceedings to the accused. The charge would be put to him or her in the language that he or she understands; her/his rights would be explained in the same language, whenever such explanation might be necessary in the course of the proceedings. That would also be the language in which the court's judgment is passed and (in the event of a conviction) sentence is imposed. It would not be necessary to interpret what the accused has to say – her/his plea (explanation), testimony, cross-examination and address to the court – since the accused and the court would use the same language. If a witness is not acquainted with the language shared by the court and the accused, the communication between the accused and the court, on the one hand, and such witness, on the other hand, will have to be interpreted.

The second or alternative scenario presents itself where the language of record is not understood by the accused, thus necessitating reliable interpreting of the communication between the accused and the bench in order to comply with all requirements inherent in the accused person's right to a fair trial.

In view of the unequivocal wording of section 35(3)(k) the Constitution clearly prefers the first scenario. Only if it is not practicable to conduct the trial in a language with which the accused is acquainted, should the alternative of interpreting be resorted to, and then only when the test for practicability has been met. Thus, Hlophe convincingly argued that "(if) it had been foreseen that considerations of practicality would forever stand in the way of realisation of the

right to have the trial conducted in the language one understands, then the section would have been couched in a different manner.[29]

In order to give effect to the preferred scenario of section 35(3)(k), thus to ensure that a trial is conducted in the language the accused understands (best), the relevant organs of state are duty-bound to respond to the language preferences of the accused. They have to pursue policies that would make it practicable to give effect to the first scenario of section 35(3)(k). Hence, any policy that would obstruct the practicability of a trial to be conducted in the language of the accused, would be incompatible with section 35(3)(k) and thus unconstitutional. Introducing English as the sole language of record would precisely be such an obstructionist policy because instead of making it possible for trials to be conducted in the language of the accused, such policy would be preventing it being in conflict with what section 35(3)(k) envisages. Cote is therefore perfectly correct when he states:

> In effect, adopting a policy of one sole language would prevent the majority of accused from having a trial in a language that they understand, which would appear not to be the intention of section 35(3)(k).[30]

The alternative, namely to have the proceedings interpreted in the language the accused person understands, would be permissible only in exceptional cases. Those would be the instances where notwithstanding policies tailored to enable trials to be conducted in the language the accused persons understand, there would be instances where the preferred scenario would not be feasible, thus calling for the alternative scenario to be pursued. Section 35(3)(k) requires two parallel policies. It places a duty upon all organs of state that participate in the administration of justice, including the Judicial Service Commission, the Magistrate's Commission and the prosecuting authorities, to deploy legal professional staff – judges, magistrates, state advocates, state prosecutors, public defenders, etc. – in such a way that the preferred scenario of section 35(3)(k) can find maximum application. Secondly, as Hlophe correctly emphasised, the African indigenous languages must be fully developed[31] in order to enable them to be as fully useful as languages of record as Afrikaans and English. Not to do so, would be unconstitutional.

---

29 J.M. Hlophe, "Official languages and the courts" (2000) South African Law Journal 695 [Hlophe, "Official languages and the courts"].

30 Cote, *The right to language use…*, *supra* note 5 at 52.

31 Hlophe, "Official languages and the courts", *supra* note 29.

The preferred language of witnesses (alongside that of the accused) in a criminal trial is also relevant in the present context. The witnesses' preference must also be heeded. If the preferred language is the same as that of the court, the witness may obviously testify in that language and if such language is not the same as that of the court and the accused, the testimony of the witness concerned must be reliably interpreted. Moreover, if the language in which a witness testifies is not the same as that of the accused, the right to a fair trial requires testimony to be reliably interpreted to the accused, and that the questions of an accused person who is leading or cross-examining a witness must be reliably interpreted to witnesses, thus ensuring due compliance with an integral element of the right to a fair trial, namely the right to adduce and challenge evidence.[32] Compliance with this right implies that a witness must be enabled to testify in her/his preferred language, and that if the language of the court (the language of record) and the language of the accused are not the same, the testimony must be reliably interpreted to the court (the presiding officer) and the accused.

Section 35(3)(k) accounts for the fact that in South Africa, being a multilingual country, it will never be possible to dispense altogether with oral interpreting of testimony since the participants in courts proceedings are often speakers of different languages. From section 35(3)(k) it is clear, however, that the Constitution prefers the language of the accused and that of the court to be the same. There is a number of pressing legal (and practical) considerations that show that interpretation must be avoided as far as possible and that the preferential scenario of section 35(3)(k) must be pursued.

First, it must be emphasised that interpreting of evidence is always a risky matter which could, and in fact often does lead to unfairness and even outright wrong court decisions to the detriment of accused persons, complainants, witnesses and the integrity and repute of the justice system as such. Incorrectly interpreted evidence is an ever-present risk. Even a small error could lead to huge misunderstandings and even to wrong verdicts. Such errors could cause reliable and credible witnesses to be unjustifiably regarded as unreliable and not credible and could thus lead to a guilty accused being acquitted or an innocent one being convicted.

The questionable quality of interpreting was prominently on display in the widely televised (paralympic athlete) Oscar Pistorius murder trial in April 2014.[33]

---

[32] Currently in terms of section 35(3)(k) of the Constitution and previously acknowledged at common law and duly applied in South Africa's criminal courts.

[33] Reported in among others: "Oscar trial: interpreter under fire" March 4 2014, online: <http://www.iol.co.za/news/crime-courts/oscar-trial-interpreter-under-fire-1.1655689>

However, this was no odd exception because there are always difficulties inherent in interpreting (or translating) court proceedings from one language into another. Apart from the risk of wrong interpretation of evidence on factual events, it should also be kept in mind that legal concepts are often closely linked to a particular language and are therefore very difficult to translate into another.

Moreover, a well-known description of a concept in one language may be absent in another. In consequence, it is inevitable that translation will cause a loss of and change in meaning.[34] Hlophe related telling examples of incorrect interpreting between isiZulu and English (the language of record in the cases he discussed) with serious potential implications for the fairness of trials.[35] A thorough empirical study by Nico Steytler brought to light the serious flaws, almost of systemic proportions, which are regularly occurring in the conduct of court interpreters. Apart from flaws of this nature, the ever-present risk of distortions inherent in interpreting of whatever nature must also be borne in mind. The said flaws stem mainly from the autonomous nature of the role of court interpreters whose duties are, by their very nature, regularly performed beyond the control of the presiding officer. The presiding officer, very often unfamiliar with the language in which the accused and witnesses communicate, would almost always be unaware of mistakes and even abuses on the part of the interpreter and is therefore excluded from exercising control. Steytler reported that interpreters often assumed partial roles in conducting their duties. In consequence, they are often not only a conduit of oral information but rather a redefined team player in court proceedings assuming the role of court orderly, lawyer, magistrate and prosecutor, entirely free from the control of the court.[36] Steytler observed as follows with reference to the results of the research he conducted:

> The evidence suggests that the interpreters were actors in their own right, far removed from being a mere conduit pipe as their legal mandate would have it. The development of an own persona was, furthermore, facilitated by the large measure of autonomy their position enjoyed. The very nature of the interpreters' position as

(accessed on 17 April 2014); "Oscar trial lost in translation?" March 14 2014, online: <http://www.iol.co.za/news/crime-courts/oscar-trial-lost-in-translation-1.1661259> (accessed on 17 April 2014); "Anger over Pistorius trial interpreters" 14 Mar 2014 | Sapa-AFP, online: <http://www.sowetanlive.co.za/news/2014/03/14/anger-over-pistorius-trial-interpreters> (accessed 17 April 2014).

34 B. Grossfield, "Literature, language and the law" (1987) De Jure 217 at 223-25.

35 Hlophe, "Receiving justice in your own language", *supra* note 5 at 45-46.

36 N. Steytler, "Implementing language rights in court: the role of the court interpreter" (1993) SAJHR 208-219.

> having sole access to two different language worlds, created that autonomy.[37]

With regard to the accuracy of their interpreting, court interpreters fall outside the immediate control of the court personnel who are not conversant with the language which the interpreter is interpreting into the language of record, used by the court.[38] Based on his research, Steytler observes that interpreters do not act neutrally within the sphere of autonomy they enjoy. The role of the interpreter as an official of court is often compromised by her/his position as member of a team whose daily task is the expeditious processing and disposal of the cases on the court role. Moreover, many interpreters are allocated to a specific court for fairly long periods during which they often develop close relations with the prosecutor in that court. In consequence, as the research results show, interpreters often do not maintain their positions as independent court officials in accordance with the demands of their office. Instead, they tend to forsake their independence and become an integral and subservient part of the state machinery.[39] According to Steytler -

> this inevitably compromised their impartiality and the resultant bias was evident in what they chose to translate and the manner in which they did it…The result was that the undefended accused, not conversant with the official languages, could not cross the language barrier effectively, and were routinely denied a fair trial.[40]

The very structures that are supposed to ensure a fair trial – in this case the system of interpreting between witnesses and the accused, on the one hand, and the court, on the other hand – are defeating the objective of a fair trial. The problem could in part be obviated if an accused has legal representation. However, the extent of the problem is exacerbated by the fact that the vast majority of accused in South Africa are undefended.

The grave risks involved in court interpreting and the malfunctioning of this service, of which there seems to be ample proof, underscore the need to limit the use of interpreters whenever possible. To that end staff in the justice system must be utilised and court roles organised in such a way that the language of record and

---

37 *Ibid* at 219.
38 *Ibid.*
39 *Ibid* at 220.
40 *Ibid.* See also R. Moeketsi, *Discourse in a multilingual and a multicultural court room: A court interpreter's guide*, 1999 at 158.

the preferred language of communication of accused and witnesses must as far as possible be the same, thus ensuring trials to be conducted in the language of the accused (and witnesses). The proposals made in part III are aimed at achieving that objective.

The second consideration relates to the fact that interpreting tends to diminish the witnesses' personal involvement in the court proceedings. When the evidence of a witness or an accused is interpreted they tend to speak, often whispering, to the interpreter instead of addressing the court itself.[41] They are to some extent excluded from the court proceedings and instead of the witnesses being the focal point of the evidence the interpreter is taking centre stage.[42]

The third consideration pertains to cross-examination, which is a crucial instrument for pursuing the truth, but its effectiveness is suppressed when evidence is to be interpreted.[43] This negative impact on the effectiveness of cross-examination is obviously also restricting the right to challenge evidence, which is an important ingredient of the right to a fair trial.

Fourthly, interpreters are occasionally unavailable or they are not sufficiently competent to ensure reliable interpretation of evidence. In the result, the witness is obliged to testify in the language of record, which in present-day South Africa would in practice mean English. This is a risky practice. The witnesses might be subjected to undue pressure for not being allowed to testify in their mother-tongue. Although witnesses might consider themselves adequately conversant with English, they often do not have a sufficient command of English to hold their own under strenuous cross-examination in the unfamiliar, if not awkward, court atmosphere. For this reason an otherwise reliable witness could be found unreliable and not credible – once again something that can be prevented if the witness is allowed to testify in her/his mother-tongue.

Fifthly, the translation of oral evidence causes proceedings to drag on much longer, which then leads to postponements and hence to poor access to justice to the detriment of all those seeking such access.

---

41 *Ibid* at 158.

42 See in this regard the discussion by F. Viljoen, "Look who is talking, in the courtroom too" (1992) SALJ 67-69; Steytler, *Constitutional criminal procedure*, *supra* note 26 at 361.

43 In *S v Mpopo* 1978 2 SA 424 (A) the Appellate Division (the predecessor of the Supreme Court of Appeal) observed as follows in this regard at 426H: "It is true that the interpretation procedure is not altogether satisfactory in that it often puts the cross-examiner at a disadvantage and does not enable the court to obtain such direct clear-cut impression of the demeanour of the witness as it may gain when no interpreter is employed."

Sixthly, using one language – English – as the sole language of record is causing patent absurdities, apart from being risky, time-consuming and detrimental to the parties involved. Consider the following scenario, exemplifying a common occurrence in practise: a criminal trial where all roll players – the magistrate, prosecutor, accused, witnesses and legal representative of the accused (if there is one) speak the same mother tongue, say isiZulu, but the oral proceedings – testimony, examination, arguments and judgment – must be translated into English. In scenarios of this nature all relevant considerations – the interests of the accused, the complainant and the witnesses, the imperative that trials should be fair and be concluded without unnecessary delay, as well as considerations of economy, and in particular considerations of practicality – dictate that such a trial should be conducted in isiZulu. A similar absurd situation would present itself when everyone involved in a trial is, for example, Afrikaans-speaking, but the magistrate is not sufficiently conversant with Afrikaans. In such case the matter should be disposed of quickly, fairly and effectively in Afrikaans, and all the risks that are involved in interpreting would be avoided. However, when the judicial officer, owing to an inappropriate assignment to try a particular case, is not sufficiently acquainted with the language spoken by the accused and/or a witness, the proceedings must be interpreted.

The discussion above clearly shows that the policy of allowing only English as the languages of record in the courts could easily result in systemic inequality. Such policy will pose no problem for first language English speaking accused and witnesses (the “English speaking group”). On the contrary, they are the group who benefit most from this policy unlike the mother-tongue speakers of all the other official languages (the “other languages groups”). Trials involving members of the English-speaking group are free from any risks of misunderstanding or unfairness which other languages groups cannot escape. The former group will also never have to suffer any annoyance resulting from time-consuming and money-wasting interpreting procedures which members of all other languages groups must endure. Lastly, the English speaking group, unlike the other languages groups, will never be required to testify in English and/or listen to the interpreting of the proceedings into English even where all those involved in the trial – the magistrate, prosecutor, accused, witnesses (and the attorney/counsel for the accused) share the same “other language” as their mother-tongue. However, the unnecessary interpreting process must be followed with all the unnecessary risks attendant to interpreting in general.

2) Which language?

According to the clear wording of the preferred scenario of section 35(3)(k), an accused person is entitled to be tried in a language that he or she "understands", not the language he or she has the best command of or the language which is her/his home language (mother-tongue). However, it is submitted that this provision should in fact be interpreted to mean the language the accused person understands best, which would ordinarily be her/his mother-tongue. There are sound considerations in support of this view.

Most people in South Africa have at least some understanding of at least one language other than their mother-tongue. Some people have more than one home language in which they are equally proficient. However, most people have one language – their home language or mother-tongue – of which their command is distinctively better than their command of any other language, including what might be described as their second language. Many South Africans speak English as a second or third language in which their proficiency may vary from good to fairly poor. Yet, even those who have a poor command of English might somehow be said to "understand" - the word used in section 35(3)(k) - English.

In the normal course of events, the mother-tongue is the language of spontaneous expression, the language which the speakers would freely choose to use as their preferred language. This is the language in which they can communicate with the least difficulty and forethought, in which they will make the least mistakes, the language that will serve them best in expressing their inner feelings and in which they will be fending for their interests; it is also the language they will use spontaneously when in a state of anxiety and stress; in short, this is the language which serves them best. Precisely for that reason the mother-tongue is the most appropriate language for an accused to state her/his case and to testify. It is also the most appropriate language for putting the charge against an accused, for requiring him or her to respond to the charge, for explaining to the accused her/his rights and to challenge the case of the prosecution through cross-examination. In short, the language of which the accused has the best command – ordinarily the home language – and not merely the language he or she understands – no matter how poorly – is the language which will serve the accused best in exercising his rights in court, that is, in responding in the best possible way to the demands of a fair trial.

In consequence of the multilingual realities in a country like South Africa it will often not be possible for trials to be conducted in the language the accused (and witnesses) understand best. In these scenarios translation is inevitable. Provisions

such as section 6(2) of the *Magistrates Court Act* and rule 61 of the *Uniform Rules of the High Court* are necessary.[44] That, however, does not mean that translation is the preferred scenario. Taking into account the risks that translation poses for the fairness of trials and the administration of justice, as discussed above, translation remains undesirable and should be resorted to only when it proves to be impossible or clearly unfeasible not to have a trial conducted in the language the accused (and witnesses) understand best. It is the last way out. Relevant policies should therefore not encourage it, but should endeavour to avoid it.

On close analysis, the fairness or otherwise of a trial is a matter of degree, depending, amongst other things, on the proficiency of the accused in the language used by the court. Precisely for that reason the language the accused understands best – ordinarily her/his home language – should preferably also be the official language of the court, that is, the language of record. That would ensure the best conditions for optimally achieving fairness in criminal trials and ultimately, to achieving justice. In consequence, the appropriate interpretation of the wording in section 35(3)(k), namely that the accused has the right "to be tried in a language that the accused person understands", should be that the accused has the right to be tried in a language that she/he understands best, that is, the language of which the accused has the best command, which ordinarily would be the home language.

3) Judicial pronouncements on language use in criminal courts

I now proceed to briefly refer to the case law that touched on the issue of the use of the official languages specifically in criminal proceedings. *S v Pienaar*[45] was a case that emanated from a magistrate court in the mainly Afrikaans speaking Northern Cape. In this case an Afrikaans-speaking accused and the English-speaking public defender provided by the state could not understand each other, causing the latter to withdraw when the trial commenced in the magistrate's court. The trial proceeded with the accused conducting his defence in person. Eventually the accused was convicted. On review the High Court rejected the magistrate's statement that the accused was satisfied to proceed without legal representation, held that the accused's right to legal representation was infringed and the trial was consequently not fair. The conviction and sentence were set aside. The Court criticised the justice department for its language insensitive policy that failed to take heed of the need to provide legal representatives able to communicate with and therefore properly represent accused in criminal trials. The Court also

44 *Supra* note 25.
45 *Supra* note 3.

afforded the opportunity to analyse the language related right in the criminal justice system in general as well as the official language provisions of section 6 of the Constitution. The following aspects in the Court's argumentation are of specific importance for the present discussion. It highlighted that the downsides of interpreting namely that it protracts trials, are therefore less cost effective, and moreover, could lead to serious misunderstandings to the detriment of the rights of those involved in criminal trails and to the integrity of the administration of justice.[46] The Court also expressed itself in favour of the increased use of the African languages as official languages of record in court, something that would be increasingly possible as more speakers of the African languages are appointed officers of courts as judges, magistrates, etc.[47]

Another was that of *Mthethwa v De Bruin NO*.[48] It originated from a criminal case that was heard in a regional court in KwaZulu-Natal in which an application based on section 35(3)(k) by an isiZulu speaking accused to have the case heard in isiZulu was turned down on practical grounds. (The ruling did not bear on the right of the accused to testify in isiZulu.) The practical grounds pertained to the fact that at the time there were simply not enough prosecutors, magistrates and judges to enable proceedings to be conducted in isiZulu.[49] The court did not take into account that an increasing number of black people – mostly mother-tongue speakers of the African languages – are appointed as prosecutors, magistrates, judges and state advocates and that it would therefore become increasingly more practicable to conduct court proceedings in isiZulu and the other African languages alongside English and Afrikaans. The court did not take a stance on the basis of principle or on the basis of some sentiment against the official African languages being used as languages of record in court. Had the staff composition been different and had there been sufficient isiZulu-speaking prosecutors, magistrates, state advocates and judges in the province the ruling would in all likelihood have been different.

In two other cases namely *S v Matomela*[50] and *S v Damoyi*[51] the views expressed by the courts leave much to desire.[52] In these cases the court took the view that

46 *Ibid* 152F-I (paras 17, 18); 153C-H (paras 20-22).

47 *Ibid* 153B (para 9). Some of the other views expressed by the court in this case are reflected elsewhere in this discussion.

48 1998 3 BCLR 336 (N).

49 At the time of the trial there were 37 regional court magistrates in the province of whom only four were home language speakers of isiZulu; 256 prosecutors of whom 81 were isiZulu; 41 state advocates of whom only six were isiZulu-speaking and of the 22 judges of the high court in the province only one was isiZulu-speaking at that time.

50 1998 1 BCLR 339 (CK).

51 2004 2 SA 564 (C).

English should be the sole language of record. This was done in spite of the fact that the relevant constitutional provisions were not scrutinised. Moreover the circumstances in both cases pointed to the direct opposite namely that it was entirely feasible to use official languages other than English as language for the recoding of court proceedings.

In *S v Matomela* all the participants in the case including the presiding magistrate and the prosecutor were mother-tongue speakers of isiXhosa. The case originated in the Mdantsane magistrate's court in the Eastern Cape. On the day of the case there was a shortage of interpreters. Instead of postponing the case, it was conducted in isiXhosa. Even though the review court had no problem with the use of isiXhosa in the present case, it nevertheless added that instances like this would occur more frequently in future and that would cause an increasing number of language problems.[53] Apparently the court was concerned about the possibility of too much time-consuming translation being required in scenarios where review judges do not understand the (African) language that are used in the magistrate's court or where parties, witnesses and officers of court speak different languages and do not understand each other. The "solution" for the problem suggested by the court was that English should be the sole language for the official recording of court proceedings. The court stated that all official languages should enjoy parity of esteem and be treated equitably, but for practical reasons there should be one language, namely English which is the one language understood by all court officials regardless of their mother tongue.[54]

The language setting in *S v Damoyi* was similar to that in *Matomela*. Once again everyone involved in the matter, including the prosecutor and the magistrate, was isiXhosa-speaking and there was no interpreter available to translate between English and isiXhosa. The magistrate did not want to grant a further postponement and ruled that the proceedings would continue in isiXhosa without an interpreter. The proceedings did indeed continue and were recorded in isiXhosa. The case went on automatic review and again as in *Matomela* the high court was satisfied that the proceedings in this matter were in accordance with justice. The court nevertheless engaged in a fairly long discussion on the suitability of the use of official languages for court proceedings, and stated in conclusion that English should be the sole language for recording court proceedings. This conclusion is subject to the same criticism as that of

---

52 These two cases as well as the judgement in *Mthethwa* were critiqued in Malan, "Observations on the use of the official languages…", *supra* note 1.

53 *S v Matomela* at 341G-H.

54 At 342G-H.

Matomela.[55] However, the argumentation in this judgment was particularly idiosyncratic. The judge stated:

> After all, English already is a language used in international commerce and international transactions are concluded exclusively in the English language. Although some stakeholders would take it with a pinch of salt, sanity would tip the scale in favour of English as the language of record in court proceedings, particularly in view of its predominance in international politics, commerce and industry.[56]

Both the basic principles of the law of evidence and the injunctions of the Constitution seemed to have escaped the court's mind. First, without any evidentiary support the court simply declared that English was the language of international commerce and politics and that international transactions are concluded exclusively in English. No evidence was adduced to support this sweeping proclamation and if the court wanted to take judicial cognizance of this, it should have explained why it regarded the fact that English is the exclusive language in which international transactions are concluded so trite that no evidence was required to prove it. This, the court also failed to do. Rather curiously, the court therefore made a factual finding in the absence of any evidential material. Secondly, language use in international trade and politics is obviously completely irrelevant for deciding in which languages to record court proceedings in a South African criminal court in which no participant is English speaking. Thirdly, the quoted statement also reveals an idiosyncratic conception of the logic of the choice of official languages. The court seemed to be oblivious of the obvious fact that the official language(s) of a state ordinarily co-define and reflect something of the distinctive internal linguistic profile of the state in question. This is precisely not, or at most only minimally, determined by the external linguistic landscape.[57]

---

55 Malan, "Observations on the use of the official languages…", *supra* note 1.

56 *S v Damoyi* 569H-I.

57 The two *Lourens* judgments (*Lourens v President van die Republiek van Suid-Afrika & andere* 2013 (1) SA 499 (GNP) and *Lourens v Speaker of the National Assembly and Others* 2015 (1) SA 618 (EqC) are not discussed here as they relate to the use of the official languages in national legislation, which falls outside the scope of the present discussion.

C – Section 34 of the Constitution, relevant legislative provisions and language use in civil proceedings

The use of language in matters other than criminal cases, that is, in ordinary civil litigation, children's court, family court, labour court and labour conciliation and arbitration, administrative tribunals, small claims courts, etc., is as crucial as it is in criminal matters. In this part of the discussion the emphasis is on civil proceedings but it equally applies to the other matters mentioned above.

I start off to relay legislative provisions pertaining to language use in civil matters and then deal with section 34 of the Constitution.

Rule 61 of the *Uniform Rules of the High Court* which applies to all High Courts requires that interpretation services be provided in circumstances as set out in the rule as well as who will be responsible for the costs of such interpreting services. The rule reads as follows:

> (1) Where evidence in any proceedings is given in any language with which the court or a party or his representative is not sufficiently conversant, such evidence shall be interpreted by a competent interpreter, sworn to interpret faithfully and to the best of his ability in the languages concerned.
>
> (2) Before any person is employed as an interpreter the court may, if in its opinion it is expedient to do so, or if any party on reasonable grounds so desires, satisfy itself as to the competence and integrity of such person after hearing evidence or otherwise.
>
> (3) Where the services of an interpreter are employed in any proceedings, the costs (if any) of interpretation shall, unless the court otherwise orders, be costs in the cause: Provided that where the interpretation of evidence given in one of the official languages of the Republic is required by the representative of a party, such costs shall be at such party's expense.

There is no similar provision relating to civil matters in the Magistrates Court. The practice is similar, however, as that set out in rule 61 of the *Uniform Rules of the High Court*, quoted above.

Section 5(2) of the *Small Claims Court Act*[58] provides that if evidence is given in a language with which one of the parties is in the opinion of the court not sufficiently conversant, a competent interpreter may be called by the court to interpret that evidence into a language with which that party appears to be sufficiently conversant, irrespective of whether the language in which the evidence is given is Afrikaans or English.[59]

There is no provision in the Constitution that expressly deals with the use of language in civil proceedings. However, like section 35(3) which provides for the fairness of criminal trials, section 34 also provides for fairness in these (non-criminal) matters even though it does not spell out the ingredients of fairness in the same detail as is done in section 35(3). Under the heading, "Access to courts", section 34 provides as follows:

> Everyone has the right to have any dispute that can be resolved by the application of law decided in a fair public hearing before a court or, where appropriate, another independent and impartial tribunal or forum.

It stands to reason that if litigants and witnesses cannot communicate with the adjudicators in the kind of disputes envisaged in section 34, the court, tribunal or forum they seek to engage would be as inaccessible and fairness in the hearing as unachievable as it would be in criminal trials. If a litigant (or witness) does not understand the language used in the court or tribunal where a hearing is conducted, or, owing to language constraints, is unable to present a case, such hearing would fall way short of a fair hearing. Language is therefore as an essential matter in civil litigation as it is in the criminal court. By the same token, policy followed in relation to the official use of language and the accompanying need for interpreting evidence is as crucial in disputes of a civil nature as it is in criminal cases.

Access to justice and fairness of trials stand to be promoted as much in civil trials as in criminal trials if all the official languages are used as languages of record. Conversely, the use of a single language as language of record will obstruct access and lead to fairness in trials being compromised in the same way as discussed in II-B above. However, in some respects the extent of prejudice for litigants in civil matters, resulting from the use of only one language of record,

---

58 *Small Claims Court Act*, 61 of 1984.

59 Section 6 of the *Magistrates Court Act* and section 5 of the *Small Claim Court Act* are both dated in that they still refer to pre 1994 situation when Afrikaans and English were the only two official languages.

will exceed the prejudice caused by such one-language policy in criminal matters, the reason being that, in contrast to the position in criminal cases, the state does not provide free interpreter services in civil litigation. While the communication barrier in the criminal court between the language of the accused and witnesses on the one hand and the language of record, on the other, can in part be overcome by interpreting with all its attendant shortcomings, it remains entirely insurmountable in civil matters because litigants cannot bear the heavy financial burden, either to hire interpreters or lawyers. In consequence, they are denied access to justice altogether.

Assume the following scenario: The sole language of record is English. Two isiXhosa-speaking litigants join issue in a civil action. Their witnesses are also home-language speakers of isiXhosa. In order for the case to be adjudicated in English, they have during the pre-trial stage, to exchange their pleadings, affidavits and all other process in English. During the trial itself their testimony and that of their witnesses as well as their arguments will also have to be in English because the language of record is English. Hence, in spite of the fact that their language and the language of everyone else involved in the matter is isiXhosa, everyone in the case will be forced to do everything associated with the adjudication of the case in English, regardless of how difficult, embarrassing and time consuming that might be for these isiXhosa speakers. Considering the difficulties which this situation imposes upon them, they might be forced – the choice of the word, "forced" is intentional because this is clearly not a truly voluntary decision – to employ lawyers to conduct the case on their behalf in English. For this service they will, however, have to pay. This will not be the end of their woes because they will still have to testify, either with difficulty in English, or once again compelled to obtain, and pay for, interpreting services with all the problems inherent in interpreting as described in II-B-1 . The more affluent litigant may be able to do all this, but what about poor and average income people who seek access to justice?[60] They are hit the hardest by the English-only policy. Not being able to pay for any of the necessary services and unable to conduct the trial in English, they might simply abandon their cases or decide right from the outset not to pursue their cases at all. In this way, the English-only policy

[60] According to information obtained from the deputy information officer of the department of justice, Ms MM Raswiswi as per letter dated 22 August 2014 (on file with author) the department of justice does not have any policy relating to the provision of (state-aided) interpreting services in civil cases. It depends on each individual court. According to the deputy information officer of the Department of Justice the Gauteng Division of the High Court does not provide such services in civil cases.

completely denies these people any access to the court and excludes them from the justice system altogether.[61]

The structural inequality of the English-only policy, once again, as in criminal cases, looms large. Such policy causes no problem for the first language English speaker litigants or witnesses. In fact, the policy suits them perfectly. They need not worry about hiring interpreters and paying for them because they can testify in English. They need not worry about interpreting of evidence fraught with its concomitant risks. If they want to do so, they can pursue their cases in person. The speakers of all the other languages are denied all this. They are in a detrimentally unequal situation compared with the first language English speakers. Their access to justice is either thoroughly hampered or completely excluded. The affluent among this large majority of inhabitants who are treated unequally by the English-only policy might try to avoid serious prejudice by hiring lawyers and interpreters. That avenue is not open to the less fortunate. The English-only policy excludes them without any redress at all. There is obviously no way in which this can be countenanced in terms of fundamental precepts of democracy.

The proclivity towards English-only practices is in fact applied in total disregard of the right of everyone to equality before the law, the right to equal protection and benefit of the law and the right of full and equal enjoyment of all rights and freedoms as envisaged in section 9(1) and (2) of the Constitution.

D – Proceedings in the Constitutional Court

For the sake of completeness the two provisions in the Constitutional Court Rules[62] deal with language use. Rule 13(4) deals with the language in which argument is conducted. It reads:

---

61 Legal aid ameliorates this problem only to a limited extent as such aid is available only to people who, in terms of a means test applied in accordance with the guide lines of the Law Society of South Africa are indigent and fall below a low income and asset bracket. In terms of this means test applied by the Law Clinic of the University of Pretoria legal in accordance with the guide lines of the Law Society is considered only if an applicant has a monthly gross income of less than R7000 or immovable property with a net value of less than R350 000. I am indebted to Mr Frikkie Grobler, an attorney at the Law Clinic of the University of Pretoria, who kindly furnished me with this information on February 23, 2015.

62 Promulgated under Government Notice R1675 in Government Gazette 25726 of 31 October 2003.

> (a) Argument may be addressed to the Court in any official language and the party concerned shall not be responsible for the provision of an interpreter.
>
> (b) Should a person wish to address the Court in an official language other than the language in which such person's written argument is couched, such person shall, at least seven days prior to the hearing of the matter in question, give written notice to the Registrar of his or her intention to use another official language and shall indicate what that language is.

Rule 25 deals with documents lodged with the Registrar that contain material in an official language which is not understood by all the judges. It provides as follow:

> Where any record or other document lodged with the Registrar contains material written in an official language that is not understood by all the judges, the Registrar shall have the portions of such record or document concerned translated by a sworn translator of the High Court into a language or languages that will be understood by such judges, and shall supply the parties with a copy of such translations.

III – POLICY OPTIONS

I proceed now to deal with a number of proposals that address these problems and that would to my mind go a long way towards ensuring equal and effective access to justice for everyone.

From the explanation of the fundamental premise (in I above) and the discussion of the constitutional provisions pertaining to language use in South African courts (in I above), it should be clear, in the first place, that that there is no basis for proposing English as the sole language for court proceedings. Such policy would be unconstitutional and would limit the right to a fair trial in accordance with section 35(3)(k), of the speakers of official African languages and to have criminal trials conducted in the language which the accused understands without the need for an interpreter.[63] The repugnant proportions of such policy are even more pronounced given the fact that it would only benefit a small percentage of

---

[63] Cote, *The right to language use…*, *supra* note 5 at 52.

English first langue speakers, in contrast with the large majority of speakers of the African languages who stand to be disadvantaged by such policy.

As explained in II-C, the English-only policy would have the same kind of detrimental effect in civil litigation, benefitting a small percentage of English speakers while obstructing all others from access to justice. Moreover, it would flout an excellent opportunity to elevate the status and advance the use of the indigenous African languages in pursuance of section 6(2) of the Constitution.

It is therefore proposed that all official languages be used as languages for the recording of court proceedings, taking into account the language demographics and preferences of the people living in the area served by the relevant court.[64] Before 1994 and in the first years after the beginning of the constitutional transition that would not have been possible owing to insufficient numbers of black legal professionals in the justice system who were home-language speakers of the African languages. The situation has now changed fundamentally. A large percentage of legal professional staff in the public sector of the justice system is now home language speakers of official African languages. In consequence, the speakers of all the languages can now be served in their home languages. This has greatly enhanced the feasibility of having a justice system which is maximally accessible to every inhabitant of South Africa and which would at the same time overcome all problems created by the policy of having only one language (English) as the sole language of record, as explained above. An insistence that English should be the sole language of record is based upon the wrong and outdated premise, namely that there is no suitable black legal professional staff members available who are home language speakers of one of the African languages, thus leaving no option but to settle for an English-only policy. Insisting on such policy amounts to reliance on a remnant of apartheid policies in terms of which black legal professional staff members were not appointed in the courts outside the erstwhile "homelands" for the various African ethnic groups. This has now changed completely and for that reason it can no longer serve as an excuse for not introducing all official languages as languages of record in the courts.[65]

---

64 The proposals made here are in line with that of Cote, *ibid*, at 53 and that of the Vereniging van Regslui vir Afrikaans (Association of Lawyers for Afrikaans) in this field which is available at www.vra.co.za and reflects the sentiments of Hlophe, "Official languages and the courts", *supra* note 29 at 690-96 and Hlophe, "Receiving justice in your own language", *supra* note 5 at 42-47.

65 This was the basis of Hlophe's criticism (*supra* note 5) 694 of the judgment in *Mthetwa v De Bruin* 1998 3 BCLR 336 (N).

In practical terms the platform for the introduction of the African languages, with the retention of English and Afrikaans, should be a human resource policy tailored to respond to the variant linguistic demographics and to the needs of the speakers of the various languages of the country. This should be obvious because language related rights, including those applying within the context of the functioning of courts, which are enforceable against the state are without substance if the state, through its organs, cannot communicate in the language of the persons entitled to the rights.[66] In consequence, appointments, transfers and promotions of officials within the justice system (as elsewhere in the public sector) should be done with due consideration of the language demographics and preferences in the area where the deployment of an official is considered. How this could be achieved in practice will now be discussed.

A – Areas with a very high concentration of mother-tongue speakers of a specific language[67]

Legal professional staff, deployed in areas with a high concentration of mother-tongue speakers of a specific language must be fully in command of that language and thus be able to render services in that language without the need for interpreting. In an area such as the Eastern Cape the vast majority of prosecutors, magistrates, state advocates, state attorneys as well as judges will therefore have to be fully conversant in isiXhosa which is by far the dominant language in that area. This will enable cases involving isiXhosa speakers – the vast majority of the people in that province – to be conducted in isiXhosa as the language of record. It will also allow appeals to be conducted in isiXhosa. The same applies for most of the other languages in particular areas, for example, isiZulu in Kwazulu-Natal and Afrikaans in the Northern Cape.

B – Areas populated by a notable percentage of speakers of more than one language

Many regions are populated by a large number of mother-tongue speakers of more than one language, for example Afrikaans, isiXhosa and English in the Western Cape; Sesotho and Afrikaans in the Free State; Afrikaans, isiZulu, Setswana and Sepedi in Tshwane metropolitan area, etc. Once again the language demographics in these areas should be a decisive consideration for the deployment of legal

---

66 On close analysis language is a meta-entitlement, ie, a basic prerequisite for the enforcement of all other rights. See in this regard the argumentation in K. Malan, "An analysis of the legally protectable interests pertaining to language" (2014) Journal of South African Law - Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg (TSAR) 66 at 66-69.

67 Please see the maps included in Annexure A when these proposals are read.

professional staff. In the Tshwane metropolitan area there should, for example, be a notable percentage of mother-tongue speakers of the four mentioned languages employed as judges, magistrates, prosecutors, state advocates and state attorneys, thus allowing cases to be adjudicated in the language of the accused or litigants concerned. It would, however, be highly inappropriate to employ someone who can speak only English in this area. The same should apply for all other areas.

C – Policy within particular offices and at particular benches (1)

At a particular high court or magistrate`s court, court roles should be organised in a manner that respond to the needs of the public and the specific parties involved in a case. Trials should be assigned to judges and magistrates according to their language proficiency in order to ensure that judges and magistrates (and other court staff) are capable to conduct cases in the language of the accused in a particular criminal case, or of the parties in a civil trial. Such policies should be widely publicised in order to optimise access to justice for all members of the public.

If mother-tongue speakers of Sesotho join issue in a civil suit in the high court in the Free State – most definitely something that would regularly occur in that province given the large percentage of Sesotho speakers in the area – or, if an accused and all witnesses in a criminal trial in the magistrate's court in Welkom in the Free State is Sesotho-speaking – once again, something that is certainly a common occurrence – the case should preferably be assigned to a judge/magistrate with a proper mastery of Sesotho in order to conduct the trial in that language. The same applies, for example, to the vast amount of cases involving only Afrikaans-speaking people in Pretoria, George, Bellville and Mitchell's Plain, or for speakers of Sepedi in Polokwane, etc. These cases should certainly be heard by presiding officers in the language of the parties concerned.

D – Policy within particular offices and at particular benches (2)

There will always be many cases in which witnesses, accused and litigants speak different languages. Interpreting services will then have to be provided as it has been done in South African courtrooms for many decades if not centuries. Competent interpreters will therefore always be necessary to ensure administration of justice of a high standard. To that end further development of the interpreting and translation professions are essential. However, the risks and other possible disadvantages associated with any interpreting of evidence, as pointed out in part II-B above, will remain as will the importance of the proposals presently made.

E – Translation (preferable to interpreting)

It is common knowledge that numerous black people who are speakers of the indigenous African languages have over the past two decades, since the beginning of the constitutional transition, been appointed to the bench – both in the high and the lower courts. The same goes for other legal professional staff such as state advocates, prosecutors and state attorneys. This has important implications for cases originating from the lower courts and going on appeal or review[68] to the high courts. If a case is heard and judgment is delivered through the medium of one of the official African languages in the magistrate's court and such judgment is on appeal or review in the high court, it should now be possible for the proceedings in the high court to be conducted in the same official African language that was used in the magistrate's court. There would also be no need for the translation of the proceedings into English (or Afrikaans) in order to enable the high court to deal with the matter as was the position before the constitutional transition when there were no (or very few) judges conversant with any of the indigenous African languages.

It must be conceded that there will always be a small percentage of review and appeal cases that will require translation when there are no available judges acquainted with the African language in which the case was heard in the magistrate's court. The record of these cases can be translated to enable the high court to adjudicate the appeal or review. This would be a much better option than to adjudicate on the recorded testimony as interpreted in the magistrate's court. Translation is much less exposed than interpreting to the risks of rendering an incorrect version of court proceedings. Translation is done free from the pressures of immediacy and the consequent risk of mistakes which is something that interpreting is always fraught with. The translator has time to consider and to seek advice, an option which is not open to the interpreter. Translation will therefore always be more reliable than simultaneous interpreting, no matter how skilled the interpreter may be.

F – What about reporting?

It is trite that reported judgments of the superior courts constitute an important source of law. Hence, these judgments must be accessible to everybody, and

---

[68] Automatic review in terms of section 302 of the *Criminal Procedure Act* 51 of 1977 is the more important category in the present context since cases that go on automatic review from the magistrate's court to the high court, that is, cases in which sentences that exceed a defined minimum as described in the said section is imposed constitute the largest category of criminal cases heard in the magistrate's court that call for the attention of the High Court.

specifically to all members of the legal profession. It is therefore submitted that all reported judgments, must be in English because it is the one language understood by everyone in the legal profession in South Africa (apart from possibly also being available in any of the other official languages in which such reported judgment was initially delivered). This submission does not militate against the arguments advanced above for the increased use of all official languages as languages of record. Reported cases account for a very small percentage of all high court judgments.[69] An insistence upon an English-only approach, in so far as the recording of court proceedings is concerned, can hardly be justified merely to facilitate the reporting of a very small percentage of high court judgments. Judgments not delivered in English that need to be reported can be translated. Once again, as noted in the previous paragraph, that is much preferable to interpreting.

CONCLUSION

The currently evolving racial and linguistic profile of the South African judiciary and magistracy increases the feasibility of implementing the above proposals. So does the racial and linguistic profile of the prosecutorial profession in both the higher and lower courts and of the staff of the state attorney. The point is that many black people have been appointed as judges, magistrates, prosecutors and state advocates. They are mostly mother-tongue speakers of one of the official African languages (apart from almost always also being conversant with one or more of the other African languages). There are also many legal professionals in the public sector – black and white – who are sufficiently conversant with Afrikaans. These developments should be assessed in conjunction with the considerable progress which has been made to establish not only racial (and gender) representivity, but also linguistic diversity in the legal sector. The eventual transformation is engendering a judicial system that is politically much more legitimate than before.

The challenge, however, is to make the best possible use of this transformation, specifically also from a linguistic point of view. In other words: how should this transformation be utilised to the benefit of the South African public? The opportunity offered by this diversity should be seized to provide legal services in the courts to the public of South Africa in their own languages. The fruits of the policy of racial transformation in the legal sector (and elsewhere) should serve as

[69] My attempt to obtain exact information from the relevant authorities has thus far been unsuccessful.

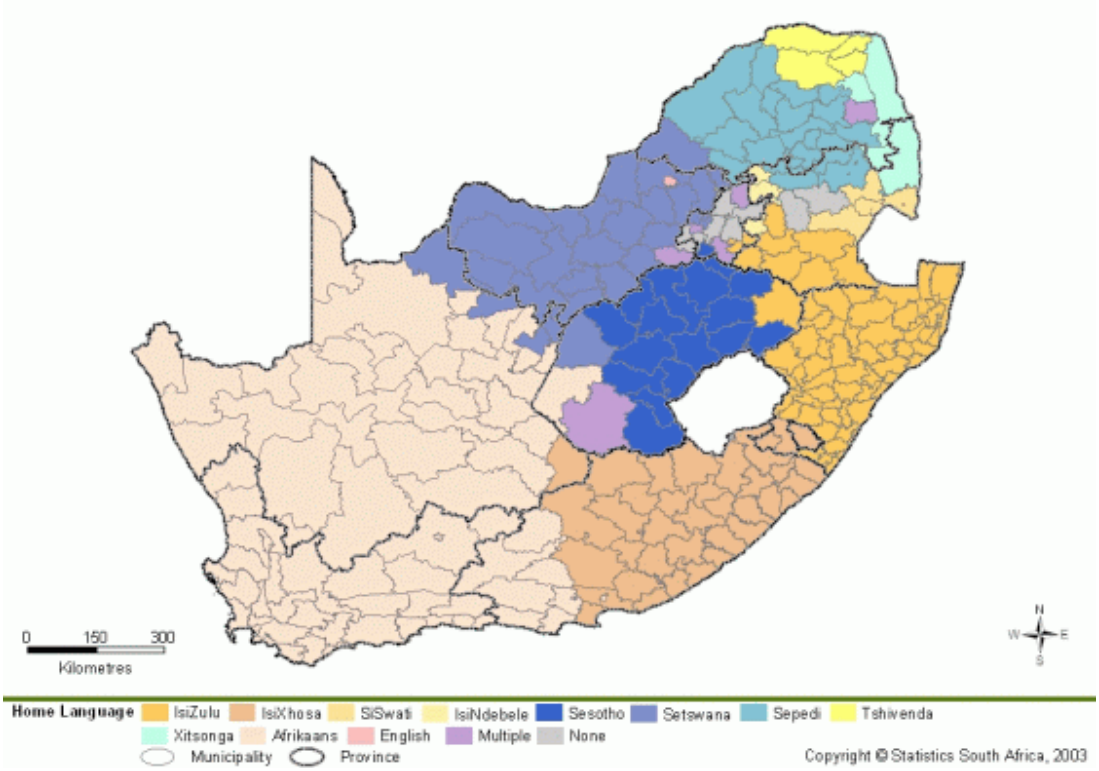
motivation to introduce the said legal services. The proposals above will go a long way towards giving practical effect to such introduction.

ANNEXURES

Annexure A: Languages maps, showing the geographical spread of the speakers of South African languages

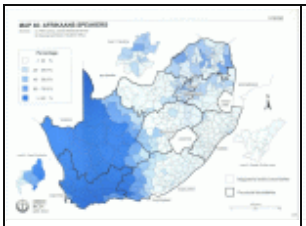
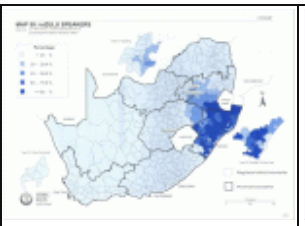
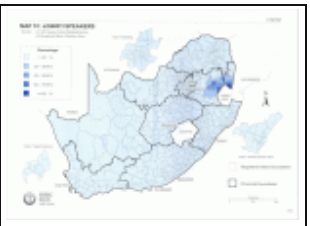
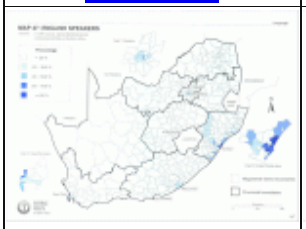
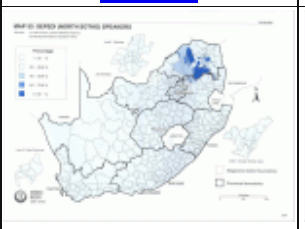
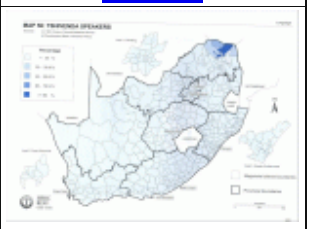
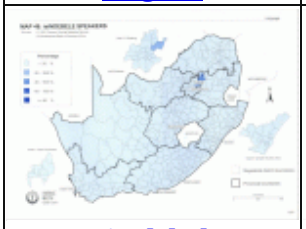
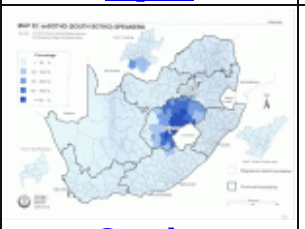
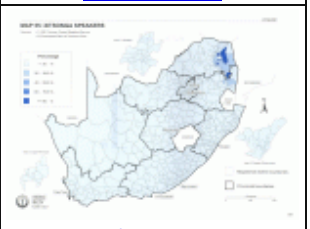
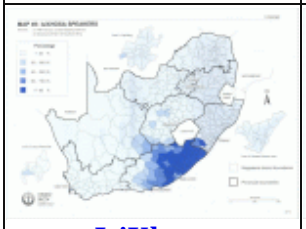
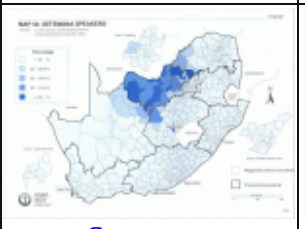
Annexure A.1

The language distribution map below shows the dominant languages per municipality in South Africa as gathered with the national census in 2001.



Annexure A.2

Specific language maps showing the spread of each official South African language (as well as the Khoesan languages, which are the languages of the indigenous inhabitants of South Africa.

 **Afrikaans**	 **IsiZulu**	 **SiSwati**
 **English**	 **Sepedi**	 **Tshivenda**
 **IsiNdebele**	 **Sesotho**	 **Xitsonga**
 **IsiXhosa**	 **Setswana**	 **Khoesan**

Source: http://www.salanguages.com/languagemaps/ accessed on 10 April 2016

Annexure A.3 South Africa's provinces



Source: http://www.localgovernment.co.za/ accessed on 10 April 2016

Annexure B: Figures of the mother tongue speakers of the official languages

SOUTH AFRICAN LANGUAGES 2011		
Language	**Number of speakers***	**% of total**
Afrikaans	6 855 082	13.5%
English	4 892 623	9.6%
isiNdebele	1 090 223	2.1%
isiXhosa	8 154 258	16%
isiZulu	11 587 374	22.7%
Sepedi	4 618 576	9.1%
Sesotho	3 849 563	7.6%
Setswana	4 067 248	8%
Sign language	234 655	0.5%
SiSwati	1 297 046	2.5%
Tshivenda	1 209 388	2.4%
Xitsonga	2 277 148	4.5%
Other	828 258	1.6%
TOTAL	50 961 443**	100%

** Spoken as a home language*
*** Unspecified and not applicable are excluded*
Source: Census 2011

Source: http://www.southafrica.info/about/people/language.htm#afrikaans accessed 10 April 2016

(2016) 3 RDL 60

QUAND LE DROIT LINGUISTIQUE PARLE DE SCIENCES SOCIALES : L'INTEGRATION DE LA NOTION DE COMPLETUDE INSTITUTIONNELLE DANS LA JURISPRUDENCE CANADIENNE[*]

Stéphanie Chouinard[**]

INTRODUCTION

Cet article porte sur la façon dont la notion de complétude institutionnelle (CI) a pu faire son entrée dans la jurisprudence canadienne et l'incidence qu'elle a eue sur le droit linguistique canadien. Depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* (*Charte*) en 1982, les communautés francophones en situation minoritaire (CFSM) se sont davantage tournées vers les tribunaux afin de voir leurs nouveaux droits constitutionnels clarifiés. Dans ce contexte, les cabinets d'avocats représentant les CFSM devant les tribunaux ont fait appel à des témoins-experts provenant des domaines des sciences sociales et de la psychologie. Ces derniers avaient pour rôle de faire lumière sur le contexte d'application des droits sociaux retrouvés dans la *Charte* par la soumission d'éléments de preuve extrinsèque – une technique à laquelle les juges canadiens se sont montrés de plus en plus ouverts depuis les années 1980[1]. C'est par l'entremise de ces experts provenant de domaines non juridiques, présentant des supports factuels afin de contextualiser l'interprétation du droit constitutionnel[2], que les juges ont pris connaissance de la notion de CI, une notion sociologique dont l'importance a aujourd'hui grandement dépassé cette discipline, et dont l'influence est devenue manifeste dans le champ de la francophonie canadienne, notamment dans l'étude de la vitalité ethnolinguistique des groupes minoritaires. Le présent article vise à démontrer que la notion de CI a été en partie avalisée

[*] L'auteure aimerait remercier Rémi Léger et Linda Cardinal pour leurs commentaires très pertinents sur une version antérieure de ce texte. Elle tient aussi à remercier M[e] Érik Labelle Eastaugh du cabinet Caza Saikaley ainsi que M[e] Roger Lepage du cabinet Miller Thomson de lui avoir gracieusement offert l'accès aux affidavits pertinents dans plusieurs dossiers.

[**] Stéphanie Chouinard détient un doctorat en Science politique de l'Université d'Ottawa. Elle est stagiaire postdoctorale à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

1 Jillian Welch, « No Room at the Top: Interest Group Intervenors and Charter Litigation in the Supreme Court of Canada » (1985) 43 UT Fac L Rev 204 [Welch, « No room at the top »].

2 Danielle Pinard, « Au-delà de la distinction du fait et du droit en matière constitutionnelle : les postulats nécessaires » (2014) 48:1 RJT 1 à la p 22 [Pinard, « Au-delà de la distinction du fait et du droit »].

dans le discours des juges, mais que ces derniers ne l'ont pas entérinée en tant que notion proprement juridique, la confinant pour l'instant au statut de preuve extrinsèque. Dit autrement, la CI semble demeurer, malgré sa contribution à l'élargissement de la portée du droit linguistique canadien, une notion proprement sociologique. Elle se distingue donc, par exemple, de la notion d'« égalité réelle », un principe dont la genèse est extra-juridique ayant fait son entrée dans le droit par la jurisprudence relative à l'article 15[3], et qui est devenu un principe d'interprétation important dans le domaine des droits linguistiques[4].

Cette évolution du droit linguistique canadien participe aussi à un débat plus large sur la preuve dans le domaine juridique, notamment au sujet de la pertinence de la distinction entre preuve intrinsèque/preuve en droit et preuve extrinsèque/preuve en science. Le fondement de cette dichotomie peut être résumé ainsi :

> L'expert apporte ses lumières au juge sur une question de fait ou d'ordre technique et n'a pas qualification pour porter une appréciation juridique. Il fait advenir la vérité de fait en dehors du droit. De son côté, le juge met « des situations de fait à des solutions juridiques ou [applique] le droit positif à des faits humains et sociaux »[5].

L'utilité de cette dichotomie est de plus en plus remise en question par la communauté juridique – par exemple eu égard aux sciences pures, dont les connaissances sont devenues essentielles dans les domaines du droit environnemental et sanitaire[6], pour ne nommer que ceux-là. Les sciences sociales n'échappent pas à ce phénomène, notamment en matière constitutionnelle, mais leur rapport au droit a été moins problématisé dans la doctrine[7]. Une analyse de la complétude institutionnelle comme élément de preuve dans la jurisprudence relative au droit linguistique canadien permettra de jeter un éclairage particulier sur ce débat en démontrant justement comment cette division devient parfois brouillée, passant du registre sociologique au registre juridique, ou autrement dit, de la preuve en science à la preuve en droit. Cet article se veut donc un survol des avancées rendues possibles ainsi que des limites rencontrées par la notion de

---

3 Martha Jackman, « L'égalité réelle dans le contexte des droits linguistiques » dans André Braën, Pierre Foucher et Yves LeBouthillier, dir, *Langues, constitutionnalisme et minorités*, Markham, LexisNexis Butterworths, 2006 à la p 630.

4 *R c Beaulac*, [1999] 1 RCS 768 aux paras 24-25, 173 DLR (4e) 193.

5 Ève Truilhé-Marengo, « La preuve entre science et droit » dans Ève Truilhé-Marengo, dir, *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, 2012 à la p 11 [Truilhé-Marengo, « La preuve entre science et droit »].

6 *Ibid* à la p 9.

7 Pinard, « Au-delà de la distinction du fait et du droit », *supra* note 2.

complétude institutionnelle lors de sa mobilisation dans le cadre de litiges de droit linguistique. Nous chercherons à déterminer son impact sur l'évolution du droit ainsi que le rôle qui lui a été octroyé dans le droit par les juges.

Notre analyse se découpera en trois temps. En premier lieu, nous étudierons la CI en tant que concept sociologique. Nous nous arrêterons plus particulièrement sur la façon dont les chercheurs qui seront appelés à témoigner en tant qu'experts-témoins ont fait usage de cette notion dans leurs propres travaux de recherche afin d'en saisir les fondements. Nous jetterons aussi un éclairage sur deux termes apparentés à la complétude institutionnelle qui apparaîtront aussi dans la jurisprudence, soit les notions de « vitalité ethnolinguistique » et d'« autonomie culturelle ». En deuxième lieu, nous recenserons les décisions portant sur les droits linguistiques où la complétude institutionnelle est mobilisée, pour ensuite faire une analyse qualitative du discours des juges à l'égard de ce concept et de son impact sur le résultat de chaque décision. Finalement, nous tirerons de cette analyse des conclusions sur l'impact qu'a pu avoir la complétude institutionnelle sur le droit linguistique canadien en tant qu'élément de preuve extrinsèque, ainsi que les possibilités de voir cette notion passer du côté du droit, notamment à la lumière de l'article 41 de la *Loi sur les langues officielles*[8].

I – LA NOTION DE COMPLETUDE INSTITUTIONNELLE ET SA POSTERITE : UN SURVOL THEORIQUE

La notion de complétude institutionnelle est apparue sous la plume du sociologue d'origine fransaskoise Raymond Breton en 1964. L'article portait sur la sociabilité et les processus d'intégration des immigrants de la région de Montréal. Ses résultats démontraient que plus une communauté minoritaire était fortement organisée en termes d'institutions, plus elle avait la capacité d'attirer de nouveaux membres et de retenir ceux qu'elle avait déjà. La CI variait alors sur un continuum allant de liens très informels dans les relations interpersonnelles des individus, jusqu'à la possession d'un éventail d'institutions assez large pour que la communauté « puisse performer tous les services requis de la part de ses membres », au point où ces derniers n'auront « jamais à utiliser les institutions de la majorité afin de satisfaire à leurs besoins, que ce soit en éducation, en emploi, en nourriture et en matière vestimentaire, en services de santé ou en assistance sociale » [notre traduction][9].

---

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

9 Raymond Breton, « Institutional Completeness of Ethnic Communities and the Personal Relations of Immigrants » (1964) 70:2 American Journal of Sociology à la p 194.

Une vingtaine d'années plus tard, Breton affine son modèle et l'applique aux francophones hors Québec. D'abord, il explique comment la logique d'adhésion individuelle à un groupe dépend des ressources et des bénéfices que lui octroie ce groupe. C'est dire que la stabilité démographique d'un groupe dépend de la capacité de rétention dudit groupe : « L'évolution d'une minorité et de sa culture dépend […] d'une organisation sociale qui puisse au moins retenir ses effectifs, sinon en attirer de nouveaux »[10]. Une communauté ne pourrait pas faire seul usage de contraintes internes, mais devrait aussi utiliser ce qu'il appelle des « motivations sélectives » envers ces membres. Ces dernières regroupent « des organisations, des services et des activités qui pourront inciter les individus à se joindre à elle ou à s'y intégrer »[11].

Breton considère que les institutions économiques sont porteuses de motivations sélectives particulièrement importantes. Il s'avère important, pour son développement, que la communauté puisse porter l'existence de l'individu durant tout son cycle de vie, de la jeunesse (par les institutions d'éducation) jusqu'à la vie adulte (par le marché du travail)[12]. Breton valorise l'éducation et les institutions communautaires, mais ce serait l'existence d'un réseau d'entreprises où l'on transige entre membres d'un groupe et où les individus peuvent à la fois travailler et retirer des avantages matériels à faire partie de ce groupe, qui serait la variable la plus importante dans l'évaluation du pouvoir de rétention d'une communauté.

En somme, chez Breton, la complétude institutionnelle d'un groupe représentait le contexte de choix que les individus provenant de groupes minoritaires pouvaient faire au sein de leur propre groupe, allant de leurs interactions quotidiennes jusqu'à des choix plus importants, dont les lieux d'éducation et de travail, et l'impact de ce contexte de choix sur la capacité d'attraction et de rétention des membres. Dans une situation idéale, les individus auraient accès à une variété d'institutions si complète qu'ils n'auraient jamais recours à des institutions de la majorité ou à celles d'un autre groupe en situation minoritaire.

Plusieurs autres chercheurs s'intéressant à la francophonie canadienne, provenant de domaines aussi variés que la sociologie, la science politique, la psychologie et le droit, se sont aussi penchés sur la complétude institutionnelle. D'une part, dans les domaines de la science politique et du droit, la complétude institutionnelle est

---

10 Raymond Breton, « L'intégration des francophones hors Québec dans des communautés de langue française » (1985) 55:2 Revue de l'Université d'Ottawa 77 [Breton, « L'intégration des francophones hors Québec… »].

11 *Ibid* à la p 84.

12 *Ibid* à la p 89.

mobilisée en vue d'enrichir le modèle libéral de reconnaissance des minorités, reconnaissant principalement les minorités nationales et ethniques, dichotomie au sein de laquelle les minorités linguistiques sont laissées pour compte. Pierre Foucher mobilise la complétude institutionnelle en vue de définir un « droit à des institutions autonomes »[13] pour les minorités francophones, permettant en quelque sorte de supplémenter leur dispersion territoriale[14]. Cardinal et González Hidalgo expliquent de leur côté qu'« un tel droit [à la complétude institutionnelle] devrait guider l'action des groupes et des gouvernements auprès des minorités linguistiques et historiques de la même manière que le principe d'autodétermination à l'égard des minorités nationales et celui de non discrimination à l'égard des minorités ethniques »[15]. Chez Chouinard[16], la complétude institutionnelle est mobilisée afin de mesurer l'autonomie non-territoriale des francophones hors Québec telle qu'énoncée dans les jugements de la Cour suprême du Canada en matière de droit linguistique. Dans ce contexte, la complétude institutionnelle devient une référence dans les domaines des politiques de reconnaissance et des politiques publiques touchant les minorités de langue officielle comme les francophones hors Québec.

D'autre part, des chercheurs dans les domaines de la psychologie sociale et de la sociologie ont fait de la complétude institutionnelle une notion analytique permettant de créer des schèmes explicatifs et prédictifs de la « vitalité ethnolinguistique » des communautés francophones hors Québec. L'un des auteurs les plus influents à cet égard est le psychologue social Rodrigue Landry. Durant les années 1990, ce dernier a dans un premier temps mobilisé la complétude institutionnelle dans ses travaux sur la vitalité ethnolinguistique réalisés avec Réal Allard. Ces deux chercheurs souhaitaient établir un modèle de vitalité ethnolinguistique des francophones hors Québec en isolant les facteurs de rétention ou de perte de la langue minoritaire[17]. Ces premiers travaux concluaient que le niveau de complétude institutionnelle d'une communauté francophone en

---

13 Pierre Foucher, « Autonomie des communautés francophones minoritaires au Canada : le point de vue du droit » (2012) 1:1 Minorités linguistiques et société 90.

14 *Ibid* à la p 91.

15 Linda Cardinal et Éloísa González Hidalgo, « L'autonomie des minorités francophones hors Québec au regard du débat sur les minorités nationales et les minorités ethniques » (2012) 1:1 Minorités linguistiques et société 52.

16 Stéphanie Chouinard, « The Rise of Non-territorial Autonomy in Canada: Towards a Doctrine of Institutional Completeness in the Domain of Minority Language Rights » (2014) 13:2 Ethnopolitics 141.

17 Rodrigue Landry et Réal Allard, « The Acadians of New Brunswick: demolinguistic realities and the vitality of the French language » (1994) 105-106 International Journal of the Sociology of Language 181 [Landry et Allard, « The Acadians of New Brunswick… »]; Rodrigue Landry et Réal Allard, « Introduction. Ethnolinguistic vitality: a viable construct » (1994) 108 International Journal of the Sociology of Language 5.

situation minoritaire était un facteur directement relié à la capacité de rétention de la langue minoritaire, et donc, de la vitalité linguistique du groupe. Dans une étude portant sur l'Acadie du Nouveau-Brunswick, Landry et Allard découvriront que « [t]he vitality of the French language was stronger in the communities where there was more 'institutional completeness' as regards cultural, economic, and political capital »[18].

Le sociologue Roger Bernard s'est inspiré du modèle de Landry et Allard afin de démontrer comment les institutions scolaires agissent comme « balancier compensateur » contrant les effets d'un contexte social anglophone dominant[19]. Pour lui, la vitalité ethnolinguistique d'une communauté minoritaire passait par « une modification de l'environnement social qui encadre les activités des membres de la communauté »[20], en commençant par l'école. En somme, les travaux de Bernard vont dans le même sens que ceux de Breton, soulignant l'importance des institutions des communautés en situation minoritaire afin d'assurer leur survie.

Dans ses travaux de recherche plus récents, Landry[21] maintenant parfois accompagné de Forgues et Traisnel[22], a continué de mobiliser la complétude institutionnelle, cette fois afin d'éclairer l'enjeu de l'« autonomie culturelle » des francophones hors Québec. Pour Landry, la quête d'autonomie de cette minorité ne peut être pensée à l'extérieur de processus visant à « assurer [s]a vitalité linguistique et culturelle »[23]. Trois éléments ou composantes sont mobilisés dans l'autonomie culturelle : 1) la légitimité idéologique, 2) la complétude institutionnelle, et 3) la proximité socialisante. La légitimité idéologique comprend la façon dont l'État et les citoyens de la majorité voient et traitent la minorité. On pourrait dire que cette composante renvoie au niveau de reconnaissance dont jouit la minorité par les pouvoirs majoritaires. La complétude institutionnelle « représente la prise en charge d'institutions culturelles et sociales,

---

18 Landry et Allard, « The Acadians of New Brunswick… », *ibid* à la p 209.

19 Roger Bernard, « Les contradictions fondamentales de l'école minoritaire » (1997) 23:3 Revue des sciences de l'éducation 511.

20 *Ibid.*

21 Rodrigue Landry, « Au-delà de l'école : le projet politique de l'autonomie culturelle » (2008) 26 Francophonies d'Amérique 149; Rodrigue Landry, « Autonomie culturelle, cultures sociétales et vitalité des communautés de langue officielle en situation minoritaire au Canada » (2012) 1:1 Minorités linguistiques et société 159 [Landry, « Autonomie culturelle, cultures sociétales… »].

22 Rodrigue Landry, Éric Forgues, et Christophe Traisnel, « Autonomie culturelle, gouvernance et communautés francophones en situation minoritaire au Canada » (2010) 29:1 Politique et sociétés 91 [Landry et coll., « Autonomie culturelle, gouvernance… »].

23 Landry, « Autonomie culturelle, cultures sociétales… », *supra* note 21 à la p 160.

laquelle donne vie à la langue du groupe sur la place publique et révèle la capacité du groupe à gérer ses “frontières d’identité” »[24]. C’est donc une définition assez proche de la théorie de Breton. La proximité socialisante, pour sa part, renvoie au « “noyau foyer-famille-voisinage-communauté” par lequel le groupe assure la transmission intergénérationnelle aussi bien de la langue que de la culture »[25]. Plus ces trois aspects sont forts, selon ces chercheurs, plus le degré d’autonomie d’une communauté sera grand, c’est-à-dire plus elle aura la capacité de maîtriser son développement et son avenir.

Le politologue Edmund Aunger s’inscrit dans une démarche « diagnostique » de la vitalité linguistique des communautés francophones en situation minoritaire. Il interpelle directement la complétude institutionnelle de Breton comme l’un de trois déterminants à prendre en compte, les deux autres étant la force démographique et les politiques linguistiques mises en vigueur[26]. Plus particulièrement, il a cherché à vérifier qu’il y avait bel et bien une relation entre le niveau de complétude institutionnelle d’une communauté et sa vitalité linguistique. Pour Aunger comme pour Landry et Bernard, l’école est l’institution la plus importante afin d’assurer la survie des communautés minoritaires[27], mais il cible aussi les paroisses, les journaux et les caisses populaires[28]. Dans une étude ultérieure, il troque les journaux dans son analyse pour leur substituer les établissements de soins de santé[29], semblablement à la lumière de la cause Montfort. Ce chercheur conclut que la complétude institutionnelle d’une communauté contribue grandement à sa vitalité linguistique, aux côtés de la variable de la proportion de francophones dans une province donnée[30]. Afin de se préparer à l’avenir qu’il considère « incertain » de la francophonie canadienne à l’extérieur du Québec, il propose entre autres « la création d’institutions homogènes et complètes »[31] dans le but de donner à ces communautés minoritaires une meilleure chance de survie.

---

24 *Ibid* à la p 99.

25 Landry et coll., « Autonomie culturelle, gouvernance… », *supra* note 22 à la p 98.

26 Edmund Aunger, « Espérance de vie : diagnostics et pronostics concernant l’avenir des communautés francophones en Amérique » (2008) 26 Francophonies d’Amérique 251 [Aunger, « Espérance de vie… »].

27 *Ibid* à la p 262.

28 *Ibid* à la p 260.

29 Edmund Aunger, « Profil des institutions francophones » dans Anne Gilbert, dir, *Territoires francophones : Études géographiques sur la vitalité des communautés francophones du Canada*, Québec, Septentrion, 2010 à la p 58 [Aunger, « Profil des institutions francophones »].

30 *Ibid* à la p 75.

31 Aunger, « Espérance de vie… », *supra* note 26 à la p 269.

Finalement, le politologue Wilfrid Denis reprend une démarche semblable à celle d'Aunger en utilisant la lunette de la vitalité linguistique afin de jeter un pronostic sur la francophonie canadienne, et en particulier sur la Fransaskoisie[32]. Toutefois, à la différence d'Aunger, Denis s'inspire du paradigme marxiste afin d'analyser la situation des communautés minoritaires, qu'il considère dominées par un État canadien bourgeois au sein d'une société capitaliste[33]. C'est d'ailleurs cette dimension de domination qu'il reproche de manquer à la complétude institutionnelle :

> l'analyse de Breton sur la dynamique interne de communautés minoritaires est incomplète, puisque la dimension des classes sociales est limitée et l'État est conçu comme l'arbitre neutre de l'approche pluraliste. […] Le rapport privilégié entre la bourgeoisie et l'État ne fait pas partie de cette conception du pouvoir politique[34].

Selon Denis, l'étude de la complétude institutionnelle des communautés francophones ne peut faire fi d'une analyse relationnelle de la dynamique de domination entre ces communautés et l'État canadien et de la question de « l'accès aux ressources » tant économiques que culturelles[35]. Cependant, malgré la structure « corporatiste » des ententes signées entre l'État et les communautés, celles-ci auraient permis à la communauté d'augmenter sa complétude institutionnelle et donc de se doter d'une plus grande autonomie[36]. En somme, pour Denis, la complétude institutionnelle est, à l'instar de Landry et Aunger, un indicateur de vitalité des communautés, mais celui-ci tente de mettre en lumière la dynamique relationnelle de domination culturelle et économique avec la majorité anglo-canadienne et anglo-américaine (au sens continental du terme) dans la modélisation de la vitalité.

Les sociologues Joseph Yvon Thériault et Martin Meunier et la sociolinguiste Monica Heller se placent plutôt en critiques de la notion de complétude institutionnelle. Chez Thériault et Meunier, la critique se présente comme une

---

32 Wilfrid Denis, « La complétude institutionnelle et la vitalité des communautés fransaskoises » (1993) 5:2 Cahiers franco-canadiens de l'Ouest 253 [Denis, « La complétude institutionnelle… »]; Wilfrid Denis, « L'État et les minorités; de la domination à l'autonomie » (1994) 26:1 Sociologie et sociétés 133 [Denis, « L'État et les minorités… »]; Wilfrid Denis, « Le déclin de l'Empire américain et l'avenir des francophonies en périphérie : le cas de la Saskatchewan » (2008) 26 Francophonies d'Amérique 275.

33 Denis, « L'État et les minorités… », *ibid* aux pp 134-35.

34 *Ibid* à la p 136.

35 Denis, « La complétude institutionnelle… », *supra* note 32 à la p 281.

36 *Ibid* aux pp 151-52.

remise en question de ce qu'ils perçoivent comme étant une instrumentalisation de la langue et du groupe minoritaire et par la négation de l'aspect collectif – la « substance », voire la « mémoire collective » – des communautés francophones en situation minoritaire en tant que communauté à portée nationale[37]. Selon ces deux chercheurs, les travaux de Breton sont

> symptomatiques d'un changement de perspective où, partis du politique, les francophones adopteront progressivement une logique quasi-utilitariste de l'appartenance communautaire, une logique de reconnaissance de droit, une primauté de l'individu sur la communauté et une prédominance du lien organisationnel sur le lien mémoriel[38].

Ils dirigeront d'ailleurs le même type de critique aux recherches de Heller, car selon ceux-ci les travaux de la sociolinguiste participe à une désubstantialisation des communautés francophones au profit d'une vision individualisante[39]. Cette dernière, à l'inverse, reproche aux « experts » de la francophonie canadienne de faire acte de nationalisme dans leurs recherches. Plus précisément, pour Heller, les chercheurs s'intéressant aux CFSM construisent et réifient l'idée d'une nation canadienne-française où la complétude institutionnelle agit comme substitut à un État-nation impossible à obtenir en contexte minoritaire. Dans ce contexte, « les études sur la vitalité linguistique deviennent des outils importants dans la construction de l'idée d'espaces uniformes francophones menacés, et nécessitant un appui juridique et financier afin d'assurer leur survie »[40].

Nous retirons de ce survol de la littérature que la complétude institutionnelle a contribué de façon importante au champ d'études de la francophonie canadienne et à l'étude de la vitalité ethnolinguistique des groupes minoritaires en général, comme le démontre sa pénétration dans une grande variété de disciplines et dans les travaux de plusieurs chercheurs. Aunger soulignait récemment qu'« [e]n dépit de sa grande influence – ou est-ce à cause de cette influence ? – la thèse de la complétude institutionnelle est rarement sujette à des examens critiques ou à des applications systématiques »[41]. Ses propres travaux, ainsi que ceux de Denis, sont

---

37 Joseph Yvon Thériault et E.-Martin Meunier, « Que reste-t-il de l'intention vitale du Canada français? » dans Joseph Yvon Thériault, Anne Gilbert et Linda Cardinal, dir, *L'espace francophone en milieu minoritaire au Canada. Nouveaux enjeux, nouvelles mobilisations*, Montréal, Fides, 2008 aux pp 208-09.

38 *Ibid* à la p 210.

39 *Ibid.*

40 Monica Heller, « "Langue", "communauté" et "identité" : le discours expert et la question du français au Canada » (2007) 31:1 Anthropologie et Sociétés 46.

41 Aunger, « Profil des institutions francophones », *supra* note 29 à la p 58.

en effet les seuls à réfléchir à l'application de cette notion « sur le terrain », s'inspirant des travaux de modélisation de la vitalité ethnolinguistique de Landry et coll. Pour leur part, Thériault, Meunier et Heller forment l'entièreté du camp des critiques fortes de cette notion. L'influence manifeste de la complétude institutionnelle explique néanmoins qu'elle se soit retrouvée devant les tribunaux, lorsque ces derniers ont commencé à ouvrir leurs portes à des experts-témoins afin d'éclairer la portée du droit linguistique canadien.

II – LA COMPLETUDE INSTITUTIONNELLE DANS LA JURISPRUDENCE RELATIVE AU DROIT LINGUISTIQUE

Suite à l'adoption de la *Charte* en 1982, les litiges constitutionnels portés devant les tribunaux canadiens sont non seulement devenus plus courants, mais ils ont aussi changé de nature. En effet, les nouveaux droits sociaux enchâssés dans la Constitution devaient être clarifiés par les juges, apportant devant les tribunaux des questions d'un ordre inédit dans l'histoire du pays jusqu'alors [42]. Ces nouvelles questions remises entre les mains des juges ont eu pour effet du susciter un débat sur la légitimité des tribunaux afin de mettre en œuvre ces nouveaux droits. Danielle Pinard souligne que la communauté juridique et politique canadienne « s'est notamment inquiété[e] de l'énorme pouvoir inhérent à la détermination, par les juges, de la conformité de lois démocratiquement adoptées, avec des droits libellés de façon floue »[43]. Les litiges portant sur les articles 16 à 23 de la *Charte*, énonçant les droits linguistiques, n'échappaient pas à cette nouvelle tendance.

Afin de répondre à ce défi, les juges ont graduellement reconnu le statut d'intervenant à des experts-témoins qui pourraient illuminer l'application des nouvelles dispositions constitutionnelles par des éléments de preuve extrinsèque. Comme l'explique Welch au sujet de l'appel à des intervenants devant les tribunaux :

> Intervention is based upon a recognition that a lawsuit or criminal trial may involve the interest of a wider group than simply those of the two parties to the dispute […] where private litigation raises issues which are clearly 'multi-polar' or even public in scope and

---

42 Welch, « No room at the top », *supra* note 1 à la p 204.

43 Danielle Pinard, « Les principes de preuve en matière de contrôle de constitutionnalité vus sous l'angle d'un exercice de gestion de risques » dans Commission du droit du Canada, dir, *Le droit et le risque : Mémoires du concours Perspectives juridiques 2003*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2003 à la p 187 [Pinard, « Les principes de preuve… »].

> potential intervenors are interest groups who have no direct interest in the specific dispute but rather in the development of legal doctrine over many cases[44].

Le rôle d'un expert appelé devant la Cour est donc d'éclairer les juges sur un contexte factuel plus complet par l'entremise de données provenant de son champ disciplinaire propre, afin que ces derniers puissent bien interpréter et appliquer la disposition conférant un droit linguistique[45]. Certaines études démontrent toutefois que les juges n'ont pas fait un traitement égal des éléments de preuve. Pinard note que « [i]f the new judicial approach deals more explicitly with facts, those are often facts of which the judges keep control »[46] ; autrement dit, ils gardent une marge d'arbitraire sur la façon dont ils prennent en compte la preuve extrinsèque qui leur est présentée par les experts.

Dans le domaine des droits linguistiques, bien que les litiges étaient souvent portés par un seul individu ou par un petit groupe d'individus, les répercussions des décisions énoncées par les juges touchaient des communautés entières. Le recours aux intervenants permettait de présenter un point de vue dépassant celui des instigateurs des litiges sur les effets possibles de l'évolution du droit et sur la pérennité des communautés de langues officielles en situation minoritaire. Il permettait aussi aux juges de baliser leurs décisions sur la portée et la limite des droits constitutionnels retrouvés dans la *Charte*[47] pour pallier le vide jurisprudentiel auxquels ils faisaient face dans plusieurs causes. Alors que les tribunaux canadiens, et particulièrement la Cour suprême du Canada, ont été pendant longtemps peu disposés à reconnaître le statut d'intervenant à divers groupes d'intérêts, dans le domaine des droits linguistiques, ils semblent avoir fait preuve de plus d'ouverture à cet effet suite à l'adoption de la *Charte*[48].

La complétude institutionnelle était alors un concept absent des textes de lois et de toute jurisprudence canadienne. Près de vingt ans ont passé après l'adoption de la *Charte* avant que cette notion ne fasse sa première apparition dans la jurisprudence, par l'entremise de la décision de la Cour supérieure de l'Ontario dans l'affaire Montfort.

---

44 Welch, « No room at the top », *supra* note 1 à la p 205.

45 Truilhé-Marengo, « La preuve entre science et droit », *supra* note 5 à la p 18.

46 Danielle Pinard, « Charter and context: the facts for which we need evidence, and the mysterious other ones » (2003) 14:2 Sup Ct L Rev 164.

47 Pinard, « Les principes de preuve… », *supra* note 43 à la p 188.

48 *Ibid* aux pp 210, 215 et 225.

Tableau 1 : La mobilisation de la complétude institutionnelle devant les tribunaux

Décision	Tribunal	CI / VE / AC*	Année
Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)	Cour supérieure de l'Ontario	CI, VE	1999
	Cour d'appel de l'Ontario	CI, VE	2001
Gigliotti c. Conseil d'administration du Collège des Grands Lacs	Cour supérieure de l'Ontario	CI	2005
Fédération franco-ténoise c. Canada (Procureur général)	Cour supérieure des T.N.-O.	CI, VE	2005
Galganov c. Russell (comté)	Cour supérieure de l'Ontario	VE	2010
	Cour d'appel de l'Ontario	VE	2012
Commission scolaire francophone du Yukon #23 c. Yukon (Procureure générale)	Cour suprême du Yukon	AC	2011
	Cour d'appel du Yukon	X	2014
	Cour suprême du Canada	X	2015
Commission scolaire francophone c. Procureur général des Territoires du Nord-Ouest	Cour supérieure des T.N.-O.	CI, VE, AC	2012
	Cour d'appel des T.N.-O.	X	2015
Association des parents ayant droit de Yellowknife et al c. Procureur général des Territoires du Nord-Ouest	Cour supérieure des T.N.-O.	CI, VE, AC	2012
	Cour d'appel des T.N.-O.	X	2015

*CI : complétude institutionnelle ; VE : vitalité ethnolinguistique ; AC : autonomie culturelle

Le Tableau 1 constitue une liste des causes recensées où apparaissent soit la complétude institutionnelle, la vitalité ethnolinguistique ou l'autonomie culturelle, ces deux dernières notions mobilisant la complétude institutionnelle comme nous l'avons vu plus haut. Sept causes sont examinées, incluant les décisions des cours de première instance et les décisions des appels, le cas échéant[49]. Dans ces sept causes, la complétude institutionnelle ou ses notions apparentées ont été mobilisées dans la décision de première instance, mais les juges des cours d'appel

[49] De nombreuses autres affaires ont été portées devant les tribunaux dans les dernières décennies dans le domaine linguistique, et plusieurs d'entre elles ont aussi fait appel à des experts-témoins. Pour les fins de notre analyse, le présent article ne prend en compte que les causes dans le cadre desquelles la complétude institutionnelle a été mentionnée dans les raisons écrites des juges, ce afin de déterminer l'importance que ces derniers ont octroyé à ce concept.

en ont ensuite fait fi à trois reprises. En tout, neuf des treize décisions étudiées font mention de la complétude institutionnelle, dans l'une ou l'autre de ses déclinaisons. Une analyse qualitative de ces décisions mettra en lumière le rapport entre l'utilisation de la notion et l'issue de chacun des litiges pour les communautés francophones en situation minoritaire.

Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)

La première instance où la complétude institutionnelle sera reprise par les juges sera dans le cadre de la cause *Lalonde*, aussi connue sous le nom de « l'affaire Montfort ». Quand la Commission de restructuration des services de santé, mise sur pied par le gouvernement provincial en 1996, a annoncé la fermeture de l'hôpital Montfort, l'un des seuls hôpitaux fonctionnant en français en Ontario et le seul offrant une formation médicale en français à l'extérieur du Québec, un groupe de citoyens, avec à leur tête l'ancienne mairesse de Vanier, Gisèle Lalonde, a décidé de s'adresser aux tribunaux afin de renverser cette décision. Les sociologues Raymond Breton et Roger Bernard ont été appelés à intervenir en tant qu'experts dans l'affaire afin de présenter des éléments de preuve démontrant l'importance des institutions pour la vitalité des communautés minoritaires. Ils ont témoigné en faveur du maintien des services de santé prodigués à Montfort[50]. Dans son affidavit, Roger Bernard mettait en lumière l'importance d'une institution comme l'hôpital Montfort pour le maintien de la vitalité linguistique de la population franco-ontarienne :

> Le dynamisme et la force d'une communauté dépendent en grande partie de la vitalité de ses institutions, plus particulièrement de la complétude institutionnelle de son réseau qui doit, autant que faire se peut, s'appliquer à tous les aspects de la vie de la communauté, pour que les membres puissent entretenir des relations sociales qui favoriseront le développement de liens de solidarité et du sentiment d'appartenance[51].

[50] Malgré des démarches auprès des différents cabinets d'avocats représentant les intérêts des communautés francophones dans ces six litiges, il nous a été impossible d'obtenir des copies de tous les affidavits des témoins-experts mentionnés dans cet article. De plus, il ne nous a pas été possible d'en obtenir des copies par l'entremise du greffier de la Cour, car cette recherche n'était pas subventionnée et cette démarche s'avère très onéreuse. Lorsque les affidavits ont été mis à notre disponibilité, nous les citerons dans cette section. Dans les cas où cette documentation n'était pas disponible, nous nous fierons aux propos que les juges rapportent dans chaque décision au sujet des propos des témoins présentés devant la Cour.

[51] Roger Bernard, *À la défense de Montfort*, Ottawa, Prise de parole, 2000 à la p 52.

La Cour divisionnaire de l'Ontario a rendu sa décision en 1999, donnant raison à Mme Lalonde. La décision reposait en partie sur l'argumentaire avancé par les deux sociologues :

> Le Dr Raymond Breton et le Dr Roger Bernard […] ont témoigné que les institutions sont essentielles à la survie des collectivités culturelles. Elles sont beaucoup plus que des fournisseurs de services. Elles sont des milieux linguistiques et culturels qui fournissent aux personnes les moyens d'affirmer et d'exprimer leur identité culturelle et qui, par extension, leur permettent de réaffirmer leur appartenance culturelle à une collectivité. Une personne et sa famille ne peuvent à eux seuls maintenir l'identité linguistique et culturelle d'une collectivité. Par conséquent, ces institutions doivent exister dans le plus grand éventail possible de sphères de l'activité sociale pour permettre à la collectivité minoritaire de développer et de maintenir sa vitalité[52].

Les juges ont donc entériné l'importance de l'existence d'un large éventail d'institutions de la communauté afin de permettre à cette dernière de garantir sa pérennité – reprenant à la fois des arguments provenant de la complétude institutionnelle et de la vitalité ethnolinguistique. Les juges ont aussi accepté de reconnaître que les institutions de la minorité avaient un poids symbolique non négligeable pour la collectivité franco-ontarienne. Au-delà des services de santé offerts, l'hôpital Montfort était considéré par la communauté comme une institution représentative de l'identité franco-ontarienne, et cet aspect avait aussi un impact sur la vitalité du groupe[53].

La Cour de première instance a renversé la décision de la Commission de restructuration des services de santé de fermeture de l'hôpital Montfort. Le *ratio decidendi* de la décision est le suivant : la Commission a fait erreur en faisant usage de son pouvoir de restructurer les services de santé de la province, un pouvoir octroyé par l'Assemblée législative ontarienne, sans tenir compte du fait que l'hôpital Montfort était une institution désignée en vertu de la *Loi sur les services en français*[54] (*L.S.F.*) de la province. De manière plus précise, bien que la Cour divisionnaire ait accepté l'élément de preuve présenté par les sociologues, reposant sur les notions de complétude institutionnelle ou de vitalité linguistique,

---

52 *Lalonde c Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, [1999] OJ 4489 (QL) au para 14.

53 *Ibid* au para 15.

54 *Loi sur les services en français*, LRO 1990, c F.32.

la décision a été tranchée sur une base juridique, soit la protection accordée à Montfort en vertu de la *Loi sur les services en français*.

La province avait porté cette décision en appel. La Cour d'appel de l'Ontario a rendu son jugement en 2001, et a validé la décision de la Cour de première instance d'accepter la preuve présentée par Breton et Bernard. Comme l'expliquent les juges,

> À notre avis, la Cour divisionnaire n'a pas commis d'erreur dans sa considération ou son appréciation des témoignages des docteurs Breton et Bernard. Nous sommes d'accord que Montfort a un rôle institutionnel plus large que la prestation des services de soins de santé. En plus de remplir la fonction pratique supplémentaire de dispenser la formation médicale, le rôle institutionnel plus large de Monfort [*sic*] 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[55].

Or, comme la Cour divisionnaire deux ans plus tôt, la décision de la Cour d'appel repose sur la protection offerte en vertu de la *L.S.F.* Selon les juges, l'objectif de la désignation de Montfort en vertu de la *L.S.F.* était de garantir l'ensemble des services offerts à Montfort lors de sa désignation comme institution protégée par la loi[56]. La Cour d'appel a donc confirmé l'ordonnance de la Cour divisionnaire annulant les directives de la Commission de restructuration visant à restreindre ces services. En somme, la Cour d'appel a accepté les conclusions de fait de la Cour divisionnaire, et n'a donc pas réfuté la preuve sociologique avancée par Bernard et Breton dans leurs interventions.

Gigliotti c. Conseil d'administration du Collège des Grands Lacs

En 2005, une cause portant sur les droits linguistiques en matière d'éducation postsecondaire a été portée devant la Cour supérieure de l'Ontario. Des membres du personnel du Collège des Grands Lacs, un collège communautaire francophone situé à Toronto et dont le mandat était de desservir la région du Centre-Sud-Ouest de l'Ontario, tentaient de faire renverser la décision du Conseil d'administration de cette institution de procéder à sa fermeture[57]. Les demandeurs avaient sollicité

---

55 *Lalonde c Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, [2001] 56 OR (3e) 505, 208 DLR (4e) 577 au para 71 (CA).

56 *Ibid* aux para 160-61.

57 Commissariat aux langues officielles, *Droits linguistiques 2005-2006*, Ottawa, 2006 à la p 41 [Commissariat aux langues officielles].

le témoignage de Raymond Breton afin de défendre le Collège en tant qu'institution de la minorité en invoquant l'argument de la complétude institutionnelle, à l'instar de la preuve avancée dans l'affaire *Lalonde*[58]. Toutefois, dans ce cas-ci, les juges n'ont pas accepté cet élément de preuve. Selon ces derniers, le Collège ne détenait pas « un rôle unique et essentiel […] pour la culture francophone »[59] tel que celui de l'hôpital Montfort. Les juges étaient au fait de la mobilisation de la notion de complétude institutionnelle dans l'affaire Montfort. Ils ont décidé que cette notion ne pouvait s'appliquer de la même façon pour le Collège des Grands Lacs. D'une part, ce collège n'était pas la seule institution de langue française du même type dans la province (vu l'existence du Collège Boréal et de la Cité collégiale), et d'autre part, la piètre qualité de l'enseignement prodigué par l'institution mettait en doute son importance pour la vitalité de la communauté franco-ontarienne. Comme l'expliquent les juges :

> En réalité, les éléments de preuve démontrent clairement qu'il ne s'agit pas d'une situation où la Ministre aurait ordonné la fermeture d'une institution indispensable à la minorité francophone comme l'était Montfort. La qualité des services de santé et de la formation à l'hôpital Montfort n'a jamais été remise en cause. Cet hôpital offrait un vaste éventail de services très utilisés par la population francophone et il jouait un rôle important en matière de formation[60].

Au final, les juges ont décidé que la décision de la ministre de fermer le Collège respectait le principe constitutionnel non écrit de respect et de protection des minorités, puisque les faibles effectifs (environ 60 étudiants inscrits durant l'année scolaire 2001-2002) et la piètre qualité de l'éducation démontraient que cette institution n'était pas d'une importance « vitale à la population francophone minoritaire de l'Ontario »[61]. Ils ont rejeté la requête des membres du corps professoral et de soutien du Collège, et ces derniers n'ont pas porté appel. En somme, la Cour dans cette affaire a rejeté l'application de la complétude institutionnelle à l'institution particulière du Collège des Grands Lacs puisque cette institution n'était pas « indispensable à la minorité francophone comme l'était Montfort »[62].

---

58 *Gigliotti c Conseil d'administration du Collège des Grands Lacs*, [2005] OJ No 2759 (QL) au para 48.

59 *Ibid.*

60 *Ibid* au para 49.

61 *Ibid* au para 51.

62 *Ibid* au para 49.

Fédération franco-ténoise c. Canada (Procureur général)

Toujours en 2005, la Cour supérieure des Territoires du Nord-Ouest a été saisie d'une affaire requérant la clarification des obligations linguistiques des gouvernements territorial et fédéral sur ce territoire. Un groupe d'organismes franco-ténois ont intenté un recours contre le gouvernement territorial et le gouvernement du Canada afin d'obtenir « des dommages-intérêts généraux, spéciaux et punitifs ou exemplaires à cause du manque de services en français »[63]. La Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest devait trancher sur la nature des obligations linguistiques de ce territoire, en tant que « créature » du gouvernement fédéral[64]. Autrement dit, la communauté franco-ténoise cherchait à obtenir une déclaration de la Cour selon laquelle le gouvernement des TNO avait les mêmes obligations linguistiques que le gouvernement fédéral, en vertu de la *Charte*, et que ces deux ordres de gouvernement n'avaient pas respecté lesdites obligations.

Deux experts de la francophonie canadienne furent appelés à témoigner en faveur des demandeurs de la communauté franco-ténoise, soit Rodrigue Landry et Edmund Aunger. Ceux-ci ont mobilisé la vitalité ethnolinguistique et la complétude institutionnelle afin de démontrer les conséquences de l'inaction du gouvernement territorial sur la survie de la communauté franco-ténoise. Landry a avancé l'argument de la vitalité ethnolinguistique en expliquant à la Cour qu'il existe trois « facteurs structuraux » favorisant le maintien et le développement d'un groupe linguistique en situation minoritaire, soit 1) les facteurs démographiques, 2) la complétude institutionnelle, et 3) le statut de la langue[65]. Il est intéressant pour les fins de la présente recherche de faire remarquer qu'alors que la définition des institutions donnée dans les travaux de Landry sur la vitalité ethnolinguistique fait surtout mention des institutions de la communauté, on remarque dans les propos subséquents de son témoignage, rapportés dans la décision, un glissement dans cette définition afin d'y inclure le rapport à l'État. Comme le rapporte la juge Moreau :

> Une partie importante des influences de socialisation langagière relève des instances gouvernementales en raison de l'autorité et du pouvoir des gouvernements d'agir dans de nombreux domaines sociaux : les services à l'enfance, la scolarisation, les études

---

63 Commissariat aux langues officielles, *supra* note 57 à la p 29.

64 Dans le système fédéral canadien, les territoires n'ont pas toute l'autonomie ou les compétences octroyées aux provinces; ils sont considérés comme « subordonnés » au fédéral.

65 *Fédération franco-ténoise c Canada (Procureur général)*, 2006 NWTSC 20, [2006] NWTJ No 32 (QL) au para 595 [*Fédération franco-ténoise* (2006)].

> postsecondaires, la santé, les services sociaux, la culture, la justice, l'économie, […] etc.[66]

Les propos d'Aunger ont repris en grande partie l'argumentaire de Landry sur la vitalité ethnolinguistique, mais celui-ci s'est attardé à la notion de complétude institutionnelle. Il démontre le même type de glissement que Landry dans sa définition de cette notion :

> Un régime linguistique qui est effectif et équilibré dans son utilisation de la langue minoritaire augmente la complétude institutionnelle de la minorité et, donc, sa vitalité linguistique. Dans une société moderne, les institutions employant la langue minoritaire constituent un élément vital dans la survie de la communauté linguistique et dans la rétention de sa langue. De telles institutions peuvent être sociales, économiques, culturelles, mais également politiques. Un régime qui est ineffectif ou très déséquilibré réduit la complétude institutionnelle et donc la vitalité de la communauté des locuteurs. En somme, quand la complétude institutionnelle est basse, la pression assimilatrice est élevée, toutes choses étant égales par ailleurs [nous soulignons][67].

Bien que cette redéfinition puisse être comprise comme un appui stratégique aux demandeurs dans la cause en question, qui portait sur le non-respect d'obligations gouvernementales dans le domaine des langues officielles, les témoignages de Landry et d'Aunger semblent diverger en partie de la définition que donnait Breton de la complétude institutionnelle. Breton, dans son texte paru en 1985, avait en effet témoigné de l'importance, pour les institutions de la minorité d'« obtenir une reconnaissance officielle de la part des différentes institutions de la société et, en particulier, de l'État [afin que] l'existence de la minorité soit considérée comme légitime, donc que ses institutions puissent réclamer un certain soutien de l'ensemble de la société »[68]. Toutefois, comme le démontre cette citation, les institutions dont il était question dans la complétude institutionnelle étaient toujours conçues, chez Breton, comme appartement à la minorité, et non à la communauté majoritaire ou à l'État.

Quoi qu'il en soit, la Cour a reconnu dans sa décision que le gouvernement territorial avait manqué à ses obligations envers la communauté franco-ténoise, non en vertu de la *Charte* comme l'avaient plaidé les demandeurs, mais en vertu

---

66 Landry, cité dans *Fédération franco-ténoise* (2006), *ibid* au para 595.

67 Aunger, cité dans *Fédération franco-ténoise* (2006), *ibid* au para 613.

68 Breton, « L'intégration des francophones hors Québec… », *supra* note 10 aux pp 78-79.

de la *Loi sur les langues officielles* des Territoires du Nord-Ouest, qui reconnait le français comme l'une de ses langues officielles. De plus, à la différence des deux premières causes étudiées, la décision de la Cour reprend dans son *ratio decidendi* la vitalité ethnolinguistique et la complétude institutionnelle. Comme la juge l'indique :

> J'accepte les opinions des témoins-experts MM. Landry et Aunger concernant l'importance du rôle que doit jouer le gouvernement dans le maintien de la vitalité ethnolinguistique […]. Les opinions des experts font également ressortir l'importance, d'une part, d'examiner les allégations de manquements dans le vécu quotidien et non pas de façon isolée et, d'autre part, en cas de violation des droits linguistiques, de formuler des mesures de redressement efficaces qui reconnaissent et renforcent (i) les éléments de la vitalité ethnolinguistique (le statut de la langue, la complétude institutionnelle et les facteurs démographiques) et (ii) les objectifs réparateurs de la *LLO* des TNO[69].

L'affaire *Fédération franco-ténoise* est le premier cas où un juge entérine l'utilisation de ces notions en donnant raison aux requérants, afin de déduire un remède approprié à des manquements à des droits linguistiques, et en fait mention expresse dans sa décision.

Galganov c. Russell (comté)

En 2010, la Cour supérieure de l'Ontario entendait la cause *Galganov c. Russell*. Cette cause portait sur la validité d'un règlement sur le bilinguisme dans l'affichage commercial adopté dans le canton de Russell, canton bilingue de l'Est ontarien. Ce règlement prévoyait que :

> La désignation ou le contenu des nouvelles enseignes commerciales extérieures devra être bilingue. Le lettrage d'une enseigne commerciale extérieure (taille et style) devra être le même en anglais et en français. Toutefois, la raison sociale pourra être unilingue pour une enseigne commerciale extérieure[70].

Ce règlement était contesté par deux individus, Howard Galganov et Jean-Serge Brisson. Raymond Breton fut appelé en tant qu'expert-témoin pour le compte du

---

69 *Fédération franco-ténoise* (2006), *supra* note 65 au para 625.

70 Règlement no 49-2008, art 2.1, tel que cité dans *Galganov v Russell (Township)*, [2010] OJ No. 3512 (QL) au para 15 [*Galganov* (2010)].

comté de Russell. Il s'est notamment penché sur la force symbolique de l'affichage commercial bilingue. Selon lui, l'affichage dans les deux langues « contribue à réduire l'impact des forces assimilatrices » en renforçant une identification positive des francophones à leur langue par sa valorisation sur la place publique[71]. Il a ensuite procédé à démontrer l'importance des institutions locales pour le maintien et la transmission de la culture : « le niveau local constitue l'environnement social qui est critique pour la qualité de vie des gens et pour la formation de leur identité sociale et culturelle »[72]. Il se rapproche ici de ce que Landry a appelé « la proximité socialisante » dans son modèle de la vitalité ethnolinguistique et moins de la complétude institutionnelle telle que présentée dans ses propres travaux. Il ne fait pas des institutions municipales des institutions de la communauté francophone en tant que telle, mais il souligne que leur pouvoir sur l'environnement immédiat des membres de la communauté (dont la législation sur la langue d'affichage commercial est un exemple) a un impact important sur leur identité et leur sentiment d'appartenance à cette communauté. La Cour supérieure de l'Ontario a admis la preuve présentée par Breton[73], mais n'en a pas fait mention expresse dans l'arrêt rendu, qui repose plutôt sur la capacité de la municipalité de légiférer en matière d'affichage commercial, sur la validité du règlement en question à la lumière des protections de la *Charte*, et sur l'inapplicabilité du droit international à la cause en litige[74]. En somme, la Cour a rejeté la demande d'invalider le règlement municipal sur l'affichage bilingue, mais sa décision reposait sur des questions de droit et ne reposait pas sur les opinions avancées par Breton, qui semblent néanmoins avoir permis d'éclairer la situation vulnérable des francophones de la région[75].

L'affaire a été portée en appel par Galganov et Brisson. Breton a émis un affidavit supplémentaire à la Cour d'appel dans lequel il explique que la question du paysage linguistique est un facteur parmi plusieurs autres ayant un impact sur la vitalité linguistique d'un groupe, mais que cela n'excluait pas l'importance de légiférer à son égard.

> Au contraire [selon lui], il faut voir une telle politique comme faisant partie d'un éventail de politiques publiques ciblant différents facteurs qui affectent la vitalité linguistique : différentes formes de support institutionnel aux plans symbolique,

---

71 *Galganov* (2010), *ibid* aux para 17-18.
72 *Ibid* au para 27.
73 Raymond Breton, *Affidavit soumis à la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans l'affaire Howard Galganov c. Comté de Russell*, 2008.
74 *Ibid* aux para 169, 197 et 201.
75 *Ibid* au para 197.

> économique, éducationnel et culturel. Une action dans un domaine n'exclue pas une initiative dans un autre et ne doit pas être vue comme un substitut[76].

Il explique plus loin que des politiques favorisant la présence du français dans le paysage linguistique comme le règlement municipal en cause représentent « une forme de support institutionnel fourni à la minorité francophone »[77]. La Cour d'appel de l'Ontario a rendu sa décision en 2012. Les éléments de preuve avancés par Breton ont encore une fois été acceptés par la Cour : « Dr. Breton is of the opinion that the By-Law is a symbolic recognition of the equality of the French and English languages and cultures »[78]. À la différence de la Cour de première instance, la Cour d'appel a jugé qu'il y avait eu violation de la liberté d'expression de Brisson par l'entremise du règlement municipal[79]. Toutefois, cette violation était justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*, vérifiant d'une part la pertinence de l'objectif visé par la violation, et d'autre part la proportionnalité des moyens entrepris par rapport à l'objet visé par le législateur.

En somme, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel de Galganov et de Brisson et a maintenu la validité du règlement municipal. Cet arrêt ne cite pas expressément la vitalité ethnolinguistique, mais il repose en partie sur les éléments de preuve avancés par Breton. En effet, ceux-ci ont été d'importance primordiale afin de démontrer la pertinence de l'objectif de l'arrêté municipal lors du test de *Oakes*, cet objectif étant de modifier le paysage linguistique de Russell afin de préserver la vitalité de la communauté franco-ontarienne. Pour les juges, il avait été démontré que cet objectif était « a pressing and substantial one »[80] justifiant les moyens entrepris par la municipalité. Galganov et Brisson ont interjeté appel de cette décision à la Cour suprême du Canada, mais celle-ci a refusé d'entendre l'appel[81], mettant fin à cette saga judiciaire.

---

76 Raymond Breton, *Affidavit supplémentaire soumis à la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans l'affaire Jean-Serge Brisson c. Comté de Russell*, 2010 au para 15.

77 *Ibid* au para 20. Il a enjoint à son affidavit des extraits d'un article de Rodrigue Landry, Kenneth Deveau et Réal Allard, « Langue publique et langue privée en milieu ethnolinguistique minoritaire : les relations avec le développement psycholangagier » (2006) 22 Francophonies d'Amérique 167 aux pp 173 et 180, où est expliquée l'importance de la reconnaissance publique d'une langue. Il a aussi ajouté des extraits d'un article de Rodrigue Landry et Richard Bourhis, « Linguistic Landscape and Ethnolinguistic Vitality: An Empirical Study » (1997) 16:1 Journal of Language and Social Psychology 23, expliquant le concept de « paysage linguistique » et démontrant son impact sur la vitalité ethnolinguistique.

78 *Galganov c Russell*, 2012 ONCA 409, 293 OAC 340 au para 35 [*Galganov* (2012)].

79 *Ibid* au para 61.

80 *Ibid* au para 67.

81 *Howard Galganov et al v Corporation of the Township of Russell et al*, 2012 CanLII 76983 (CSC).

Commission scolaire francophone du Yukon #23 c. Yukon (Procureure générale)

En 2011, la Commission scolaire francophone du Yukon se retrouvait devant la Cour suprême territoriale car elle alléguait que le gouvernement n'avait pas rempli ses obligations découlant de l'article 23 de la *Charte*, avait violé la *Loi sur les langues* du territoire ainsi que ses obligations fiduciaires envers la Commission scolaire de la minorité[82]. Deux questions en litige étaient présentées devant la Cour. D'une part, la Commission scolaire et le gouvernement territorial réclamaient tous les deux le pouvoir de gérer les admissions d'étudiants aux écoles de langue française[83]. D'autre part, la Commission scolaire alléguait que le gouvernement avait réaffecté à l'enseignement du français langue seconde des fonds réservés à l'enseignement dans la langue de la minorité pour un total de 1,9 millions de dollars[84].

Durant ce procès, Rodrigue Landry a été appelé comme expert-témoin. Son affidavit expose la théorie de « l'autonomie culturelle », qu'il décrit comme « un concept qui s'applique aux minorités linguistiques qui veulent prendre en charge leur destinée collective au sein d'un État existant »[85] et qui intègre trois éléments : la complétude institutionnelle, la proximité socialisante et la légitimité idéologique[86]. C'est donc une notion qui se rapproche de la vitalité ethnolinguistique mais qui se distingue selon nous de cette dernière par son caractère politique, la vitalité étant plutôt un outil d'ordre psychosocial. Dans ce rapport d'expert, il explique la complétude institutionnelle comme étant « la prise en charge d'institutions culturelles et sociales qui donnent vie à la communauté minoritaire sur la place publique. Les institutions permettent au groupe de gérer leurs "frontières d'identité" »[87]. Selon l'affidavit[88] ainsi que le témoignage de Landry à la Cour, l'école est l'institution la plus importante pour la survie d'une minorité linguistique. « L'école devient la pierre angulaire de la communauté. Elle est le lieu de vie des jeunes »[89], explique-t-il. Il démontre que du point de vue de la complétude institutionnelle, l'école est primordiale car non seulement participe-t-elle à la socialisation des jeunes en français, elle leur permet de « vivre

---

82 *Commission scolaire francophone du Yukon No. 23 c Procureure générale du Territoire du Yukon*, 2011 YKSC 57, [2011] YJ No 132 (QL) au para 1 [*CSFY* 2011].

83 *Ibid* au para 3.

84 *Ibid* au para 4.

85 Rodrigue Landry, *Rapport d'expert soumis à la Cour suprême du Territoire du Yukon dans l'affaire Commission scolaire du Yukon No. 23 v Procureure générale du territoire du Yukon* (s.d.) au para 43 [Landry, *Rapport d'expert CSFY*].

86 *Ibid* aux paras 49-51.

87 *Ibid* au para 54.

88 *Ibid* au para 56.

89 *CSFY* 2011, *supra* note 85 au para 97.

en communauté », « ce qui devrait réduire le taux d'assimilation linguistique et culturelle »[90]. Les institutions sont aussi garantes d'historicité pour une communauté, car « la vie des institutions transcende la vie de ses membres »[91]. Il estime que la question de la gestion des institutions scolaires est d'importance primordiale pour la minorité et que le gouvernement territorial devrait s'efforcer, autant que possible, de « respecter l'autonomie » des francophones à cet effet et d'éviter de faire ce qu'il a appelé de la « microgestion »[92].

Le juge a accepté l'argument de Landry[93], mais, il n'a pas lui-même repris l'argumentaire de l'autonomie culturelle dans sa décision. Son arrêt mentionne que le Conseil scolaire francophone du Yukon devrait effectivement avoir un plus grand contrôle ainsi que les moyens de dispenser une éducation d'une qualité répondant au principe d'égalité réelle entre minorité et majorité. La Cour a ordonné des mesures de redressement au niveau des pouvoirs de la Commission scolaire francophone à l'égard des ressources humaines, des ressources financières, des admissions à l'école française, de la gestion du calendrier scolaire, a ordonné aux territoires d'agrandir l'école francophone de Whitehorse selon certains paramètres dans un délai de 24 mois et d'octroyer des fonds supplémentaires à la Commission scolaire francophone pour qu'elle remplisse correctement son mandat[94].

Or, la décision a été portée en appel par la Procureure générale territorial, selon qui le juge en première instance avait fait preuve de partialité. En 2014, la Cour d'appel du Yukon rendait sa décision. Elle a reconnu qu'il y avait crainte raisonnable de partialité de la part du juge Ouellette, et a annulé toutes les ordonnances de première instance[95]. Elle a aussi décidé que le juge de première instance avait fait des erreurs au niveau du droit, en jugeant notamment l'article 23 de la *Charte* comme comprenant le droit automatique d'admettre des enfants non-ayants droits dans les écoles de la minorité. La Cour d'appel n'a pas pris en compte la preuve qu'a présentée Rodrigue Landry dans son jugement. L'arrêt de la Cour d'appel a ensuite été porté en appel à la Cour suprême du Canada. L'appel été entendu à l'hiver 2014, et la décision a été connue en mai 2015. La Cour a exprimé son accord avec la Cour d'appel concernant la partialité du juge de première instance, et a demandé un nouveau procès eu égard aux questions de

90 *Ibid* au para 110.
91 Landry, *Rapport d'expert CSFY*, *supra* note 85 au para 54.
92 *CSFY* 2011, *supra* note 82 aux para 98 et 103.
93 *Ibid* au para 630.
94 *Ibid* au para 869.
95 *Commission scolaire francophone du Yukon no. 23 c Yukon (Procureure générale)*, 2014 YKCA 4, [2014] YJ No 110 (QL) au para 254.

droit linguistique. Ce jugement ne fait appel ni à l'autonomie culturelle, ni à la complétude institutionnelle.

La Commission scolaire francophone du Yukon a interjeté appel sur la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle le juge Ouellette avait fait preuve de partialité en cour de première instance. Elle a aussi demandé à la Cour suprême du Canada de se prononcer à savoir si elle avait le pouvoir de décider de façon unilatérale des critères d'admissions des élèves à l'école francophone. La Cour a rendu son jugement à cet effet en 2015. La juge Abella, pour une cour unanime, a maintenu le jugement de la Cour d'appel selon lequel le juge de première instance avait fait preuve de partialité. Elle a aussi jugé que le pouvoir d'étendre les critères d'admissibilité aux écoles de la minorité linguistique au-delà de ce qui est prescrit par l'article 23 de la *Charte* relevait du pouvoir des provinces et territoires, à moins que ceux-ci aient délégué ce pouvoir aux commissions scolaires[96]. Puisque cela n'était pas le cas au Yukon, la Commission scolaire francophone était tenue de respecter le règlement territorial en la matière[97]. À l'instar de la Cour d'appel, le jugement de la Cour suprême du Canada ne mobilise ni l'autonomie culturelle, ni la complétude institutionnelle dans ses raisons écrites.

Commission scolaire francophone c. Procureur général des Territoires du Nord-Ouest

En 2012, la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest rendait son jugement sur une question semblable à la cause franco-yukonaise eu égard à l'enseignement dans la langue de la minorité. Le litige portait sur trois questions : la qualité des infrastructures de l'école française de Hay River, le degré d'autonomie de la Commission scolaire francophone, et le droit de la Commission scolaire francophone d'établir ses propres critères d'admission[98]. Non seulement les demandeurs souhaitaient-t-ils obtenir plus d'espace pour l'enseignement en français de la maternelle à la douzième année, ils souhaitaient aussi obtenir de l'espace pour une garderie et un programme de prématernelle et d'obtenir que la Commission scolaire soit responsable de déterminer les politiques d'admission à l'école de la minorité. À cet effet, la juge Charbonneau a reçu l'avis de Rodrigue Landry et de Wilfrid Denis.

---

96 *Commission scolaire du Yukon, district scolaire #23 c Yukon (Procureure générale)*, 2015 CSC 25, [2015] 2 RCS 282 au para 69.

97 *Ibid* au para 74.

98 *Commission scolaire francophone c Procureur général des Territoires du Nord-Ouest*, 2012 CSTN-O 44, [2012] NWTJ No 46 (QL) au para 2 [*CSFTNO* 2012].

Rodrigue Landry a traité, dans son rapport d'expert, de la vitalité ethnolinguistique de la communauté francophone des TNO, discutant « des facteurs reliés à la survie des groupes linguistiques en situation minoritaire, en mettant l'accent sur les besoins d'"autonomie culturelle" et de "complétude institutionnelle", dont les institutions dans le domaine de l'éducation »[99]. Reprenant les grandes lignes de son rapport déposé dans l'affaire *Conseil scolaire francophone du Yukon no. 23*, il a expliqué que son modèle d'autonomie culturelle repose sur la vitalité de la communauté et est fondé sur trois types de facteurs, soit la démographie (la proximité socialisante), le contrôle institutionnel (la complétude institutionnelle), et le statut de la langue parlée par le groupe (la légitimité idéologique)[100], reprenant ainsi la même théorie que celle présentée dans le cadre de l'affaire précédente. Selon lui, ces facteurs déterminent « si la minorité peut continuer à s'exprimer comme entité distincte et active dans une relation avec d'autres groupes linguistiques »[101] ou si elle sera victime d'assimilation. Il explique que la complétude institutionnelle est « l'assise opératoire » de l'autonomie culturelle, en ce qu'elle démontre l'importance de « la prise en charge d'institutions culturelles et sociales qui donnent vie à la communauté minoritaire sur la place publique »[102]. Au premier chef de ces institutions se retrouve l'école. Elle est l'institution centrale, celle « qui prépare le terrain pour toutes les autres institutions, organisations sociales, voire toute la société civile qui organise un leadership dans la communauté »[103]. Elle promeut de plus une certaine proximité socialisante, en socialisant les élèves dans la langue de la minorité et en appuyant leurs familles dans la construction de leur identité francophone. Landry souligne finalement que « [p]our que l'école puisse efficacement jouer ce rôle formateur, il importe que la communauté puisse prendre en charge tous les éléments pertinents de sa mission éducative »[104].

L'affidavit de Wilfrid Denis, pour sa part, fait état de la situation démographique précaire de la communauté franco-ténoise et des pressions assimilatrices qui pèsent sur cette dernière[105]. Il passe ensuite au concept de complétude institu-

---

99 Rodrigue Landry, *Rapport d'expert soumis à la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest dans l'affaire Commission scolaire francophone c Procureur général des Territoires du Nord-Ouest*, 2010 au para 9.

100 *Ibid* au para 22.

101 *Ibid* au para 46.

102 *Ibid* au para 56.

103 *Ibid* au para 58.

104 *Ibid* au para 59.

105 Wilfrid Denis, *Rapport d'expert soumis à la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest dans l'affaire Commission scolaire francophone c Procureur général des Territoires du Nord-Ouest*, 2010.

tionnelle afin de souligner l'importance particulière de l'école parmi l'éventail des institutions dont une communauté minoritaire peut se doter :

> [T]outes les institutions n'ont pas la même importance. […] [L]'école joue un rôle primordial parce qu'elle transmet la culture aux prochaines générations et agit comme lien privilégié pour intégrer les enfants de la minorité à la fois à la communauté ethnolinguistique et à la société environnante. L'école est une institution clé tant dans la société majoritaire que dans la communauté en contexte minoritaire. Mais, dans ce dernier cas, son rôle est doublement important en tant qu'extension de la famille et de la communauté[106].

Denis détermine ensuite que la complétude institutionnelle de la communauté franco-ténoise de Hay River est historiquement faible, et que l'une des raisons pour cela est « l'absence d'une école gérée par la communauté »[107], cette dernière n'ayant été créée qu'en 1998 et souffrant de « limitations majeures » au niveau tant de l'instruction que de la gestion de celle-ci par les parents francophones[108]. Bien qu'il ne soit pas juriste, Denis avance la proposition selon laquelle « pour que l'article 23 soit en mesure de permettre le développement d'écoles de la minorité qui vont contribuer à la complétude institutionnelle de cette minorité, le droit de gestion doit inclure le droit de contrôler l'admissions à ses écoles »[109], entre autres pouvoirs.

En somme, pour l'essentiel, la complétude institutionnelle a été avancée par ces deux experts-témoins en tant qu'argument de preuve extrinsèque, ce afin de d'appuyer les revendications visant une plus grande autonomie pour la CFSM touchée. La juge a accepté les opinions des deux experts-témoins[110] et a repris l'argumentaire de Landry dans son analyse mais a mitigé sa portée :

> Le Dr. Landry a expliqué que plus la commission scolaire a d'autonomie dans la gestion de ses infrastructures, plus elle peut efficacement promouvoir les objectifs réparateurs de l'article 23. J'accepte ce fait, mais je ne crois pas que cela signifie que

---

106 *Ibid* au para 55.
107 *Ibid* au para 56.
108 *Ibid* au para 57.
109 *Ibid* au para 60.
110 *CSFTNO* 2012, *supra* note 98 aux para 336 et 359.

> juridiquement, l'autonomie complète est requise dans tous les cas[111].

Elle a accepté l'argument selon lequel « l'école est la pierre angulaire de la complétude institutionnelle »[112], qu'une plus grande complétude institutionnelle est l'un des moyens les plus efficaces de contrer les transferts linguistiques de la minorité vers la langue majoritaire[113], et que le manque de contrôle de la Commission scolaire francophone territoriale sur la gestion de ses propres institutions constituait une entrave non seulement à la complétude institutionnelle de la communauté, mais aussi à la mission éducative de la commission[114]. Elle a toutefois rappelé que le critère de l'échelle variable développé pour interpréter l'article 23 de la *Charte* signifie que le nombre d'élèves a un impact sur l'autonomie accordée à la communauté minoritaire[115]. La juge Charbonneau a conclu que les critères d'admission aux écoles de la minorité devraient relever du pouvoir de la commission scolaire et non du Ministère[116]. Elle a aussi octroyé plus d'espace pour certaines activités scolaires et préscolaires, mais pas pour la garderie, celle-ci n'étant pas comprise dans la gamme de services scolaires protégés par l'article 23 de la *Charte*.

Cette décision a été portée en appel par le gouvernement territorial. La Cour d'appel, dans son jugement rendu en 2015, a renversé la décision de la Cour de première instance d'octroyer à la commission scolaire le pouvoir de décider des critères d'admission aux écoles de langue française, voyant là une erreur d'interprétation de l'article 23 de la *Charte*[117]. Elle a aussi renversé la directive d'agrandir l'école[118] et d'offrir de l'espace pour le niveau préscolaire[119]. Dans le cadre de cet appel, les juges ne font aucune mention des notions de complétude institutionnelle, de vitalité ou d'autonomie culturelle. La Cour suprême du Canada refusant d'entendre l'appel interjeté par la Commission scolaire francophone, cette affaire s'est terminée en 2015[120].

---

111 *Ibid* au para 676.
112 *Ibid* au para 309.
113 *Ibid* au para 319.
114 *Ibid* au para 320.
115 *Ibid* au para 683.
116 *Ibid* au para 657.
117 *Territoires du Nord-Ouest (Procureur général) c Commission scolaire francophone, Territoires du Nord-Ouest*, 2015 CATN-O 1, 2015 CanLII 168 au para 21.
118 *Ibid* au para 42.
119 *Ibid* au para 44.
120 *Commission scolaire francophone, Territoires du Nord-Ouest, et al c Procureur général des Territoires du Nord-Ouest, et al*, 2015 CanLII 69432 (CSC).

Association des parents ayants droit de Yellowknife et al c. Procureur général des Territoires du Nord-Ouest

La dernière cause de notre corpus ressemble beaucoup à la cause précédente. Est en cause la seule autre école de langue française des Territoires du Nord-Ouest, située à Yellowknife. Les membres de la communauté francophone demandaient à ce que la Cour octroie à la Commission scolaire francophone de plus grands pouvoirs de gestion des bâtiments et terrains scolaires, et que la qualité des infrastructures scolaires francophones de la capitale soit revue[121]. Les membres de la communauté franco-ténoise s'étaient entendus pour présenter une preuve commune dans cette cause et dans la cause *Commission scolaire francophone c. Procureur général des T.N.-O.*, qui ont été entendues au même moment devant la même juge[122]. Les preuves avancées par Rodrigue Landry et Wilfrid Denis sont donc en tous points semblables à celles présentées durant la dernière affaire, et la juge a aussi accepté leur preuve respective[123]. Dans son jugement, elle a accordé les réparations demandées par les parents, en ordonnant notamment l'agrandissement de l'école et la construction de locaux spécialisés. Le gouvernement territorial a interjeté appel de cette décision.

La décision majoritaire de la Cour d'appel a été rendue en 2015. Elle ne fait aucune mention de la complétude institutionnelle ou de ses notions apparentées. La Cour d'appel a renversé la décision, en offrant aux parents francophones de Yellowknife des réparations moindres que celles qui leur avait été octroyées en première instance. Selon eux, c'était ce que le nombre d'élèves à l'école francophone (110 élèves inscrits) justifiait afin de répondre de façon adéquate à l'article 23[124]. Le jugement dissident cite explicitement la complétude institutionnelle en tant qu'élément de preuve. Elle souligne que selon le témoignage de Landry, l'utilisation des installations de la majorité par les élèves appartenant à la communauté minoritaire a des effets nuisibles pour leur construction identitaire et leurs compétences langagières, justifiant ainsi l'ordonnance de la juge de première instance d'octroyer à la minorité ses propres installations spécialisées[125].

---

121 *Association des parents ayants droit de Yellowknife c Procureur général des Territoires du Nord-Ouest*, 2012 CSTN-O 43, 2012 CanLII 31380 au para 2.

122 *Ibid* au para 11.

123 *Ibid* aux para 284 et 289.

124 *Territoires du Nord-Ouest (Procureur général) c Association des parents ayants droit de Yellowknife*, 2015 CATN-O 2, 2015 CanLII 170 au para 130.

125 *Ibid* au para 208.

III – L'USAGE PAR LES JUGES DE LA COMPLETUDE INSTITUTIONNELLE ET SON IMPACT SUR LA JURISPRUDENCE

Cette analyse de la jurisprudence nous permet de tirer quelques observations. En premier lieu, il semble que ce soit surtout sous l'égide des notions plus larges de vitalité ethnolinguistique et d'autonomie culturelle que la notion de complétude institutionnelle fût présentée devant les tribunaux. Les appels fréquents à Rodrigue Landry en tant qu'expert-témoin (dans quatre différentes causes, soit plus de la moitié du corpus) explique peut-être cette forte mobilisation de la vitalité et de l'autonomie culturelle, vu ses nombreux écrits scientifiques sur ces deux notions. La seule décision où la complétude institutionnelle est mentionnée en soi et sans l'appel à d'autres notions est l'arrêt *Gigliotti*. En deuxième lieu, nous observons que plus de la moitié des causes où la complétude institutionnelle a été mobilisée portaient sur le droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Ceci n'est guère surprenant considérant l'importance accordée aux institutions scolaires tant dans la théorie de la vitalité ethnolinguistique que dans le cadre de l'autonomie culturelle. En troisième lieu, nous devons souligner que ces trois notions ont surtout été mobilisées par les juges des cours de première instance. Des sept causes étudiées, cinq sont allées en appel, et de ces cinq appels, seulement deux ont entériné la théorie de la complétude institutionnelle ou de la vitalité ethnolinguistique utilisée par les juges de première instance. De plus, cette notion n'a jamais été entérinée par la Cour suprême du Canada. Ces observations sont importantes car les décisions des tribunaux de première instance ont une force jurisprudentielle moindre que celles émises par les tribunaux supérieurs. Finalement, comme le démontre le Tableau 2, il y a un rapport évident entre les décisions penchant en faveur des communautés francophones en situation minoritaire et la mention de la CI dans chaque décision.

Tableau 2 : L'impact de la mobilisation de la complétude institutionnelle sur les décisions

Décision	Tribunal	CI / VE / AC*	Année	Décision
Lalonde c. Ontario	CSO CAO	CI, VE CI, VE	1999 2001	En faveur de Lalonde En faveur de Lalonde
Gigliotti c. CA du Collège des Grands Lac	CSO	CI	2005	En faveur du Conseil d'administration
Fédération franco-ténoise c. Canada (P.G.)	CSTN-O	CI, VE	2005	En faveur de la Fédération

Galganov c. Russell (comté)	CSO CAO	VE VE	2010 2012	En faveur de Russell En faveur de Russell
Commission scolaire francophone du Yukon #23 c. Yukon (P.G.)	CSY CAO CSC	AC X X	2011 2014 2015	En faveur de la CSF En faveur du Yukon En faveur du Yukon
Commission scolaire francophone c. TN-O (P.G.)	CSTN-O CATN-O	CI, VE, AC X	2012 2015	En faveur de la CSF En faveur des TN-O
Association des parents ayant droit de Yellowknife et al c. TN-O (P.G.)	CSTN-O CATN-O	CI, VE, AC X	2012 2015	En faveur de la CSF En faveur des TN-O

*CI : complétude institutionnelle ; VE : vitalité ethnolinguistique ; AC : autonomie culturelle

Toutefois, nous ne pouvons pas dire qu'il y ait ici un rapport causal entre l'un et l'autre. Comme notre analyse qualitative du corpus l'a démontré, lorsque les juges ont mobilisé la CI, ils l'ont fait en conjonction avec des principes d'interprétation généreuse des droits linguistiques, notamment le principe constitutionnel non écrit de la protection des minorités, l'objet réparateur des droits linguistiques, et le principe d'égalité réelle – des principes qui sont utilisés régulièrement dans la jurisprudence de droit linguistique depuis le tournant des années 2000[126]. C'est dire que les témoignages d'experts mobilisant la CI et ses notions connexes ont été acceptés par les juges dans la majorité des causes de notre corpus, mais seulement en tant qu'éléments de preuve sociologique, et que leurs décisions reposent surtout, au final, sur des éléments de preuve juridique et des principes d'interprétation acceptés dans la jurisprudence. Ces observations nous amènent néanmoins à questionner le traitement de la preuve par les juges et l'utilisation qu'ils en font dans leurs raisons écrites. Selon Pinard, l'introduction de preuves extrinsèques par l'entremise d'experts-témoins crée un nouveau lieu de pouvoir pour les juges, ceux-ci pouvant choisir d'utiliser certains éléments de preuve (et d'en éviter d'autres) afin d'octroyer à leur décision une apparence de neutralité[127]. La corrélation entre la présence ou l'absence de la notion de CI dans les raisons écrites et le résultat de chacune des décisions pour les CFSM pourrait être interprétée comme le signe d'une utilisation arbitraire de la CI de la part des juges. Toutefois, notre échantillon de décisions n'est pas suffisamment large pour que nos observations puissent être considérées comme significatives ; une

[126] Michel Doucet, Michel Bastarache et Martin Rioux, « Les droits linguistiques : fondements et interprétation » dans Michel Bastarache et Michel Doucet, dir, *Les droits linguistiques au Canada*, 3e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013.

[127] Pinard, « Les principes de preuve … », *supra* note 43 à la p 228.

recherche à cet effet mériterait un corpus plus étendu et l'analyse de plus d'une variable que la seule CI dans le cadre des droits linguistiques.

IV – UNE TRANSFORMATION A PREVOIR ? L'ARTICLE 41 DE LA *LOI SUR LES LANGUES OFFICIELLES* ET SES DEBOUCHES POUR LA COMPLETUDE INSTITUTIONNELLE

Ces observations sur l'état actuel de la jurisprudence comportent toutefois un angle mort, soit une analyse des textes législatifs canadiens en matière de droits linguistiques qui n'ont pas encore été clairement interprétés par les tribunaux. Tel est le cas de la Partie VII de la *Loi sur les langues officielles* (*LLO*) du Canada[128], et de l'article 41 en particulier. Celui-ci énonce :

> 41 (1) Le gouvernement fédéral s'engage à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada et à appuyer leur développement, ainsi qu'à promouvoir la peine reconnaissance et l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne.
>
> 41 (1) The Government of Canada is committed to
> (a) enhancing the vitality of the English and French linguistic minority communities in Canada and supporting and assisting their development; and
> (b) fostering the full recognition and use of both English and French in Canadian society [nous soulignons].

Comme nous pouvons le voir, alors que la version française parle de l'obligation fédérale de favoriser « l'épanouissement » des minorités de langue officielle, la version anglaise de la loi parle plutôt de « vitality » (vitalité). L'article 41 n'a été que peu mobilisé devant les tribunaux jusqu'à maintenant[129], en partie parce que jusqu'en 2005, la Partie VII de la *LLO* n'était pas justiciable. De plus, ces rares interprétations ont donné des résultats contradictoires, comme le souligne Labelle Eastaugh[130]. Selon ce dernier, on pourrait aussi expliquer la rareté de litiges faisant appel à l'article 41 par le flou linguistique de cette disposition, faisant

---

128 *LLO*, *supra* note 8.

129 *Picard c Office de la propriété intellectuelle*, 2010 FC 86, [2011] 2 RCF 192 ; *Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada c Canada (Procureur général)*, 2010 FC 999, [2012] 2 RCF 23.

130 Erik Labelle Eastaugh, *The Rights of Official Language Minorities in Canada*, Thèse de doctorat non publiée, Keble College, Oxford, 2015 à la p 2.

d'elle un outil peu sûr pour les plaideurs : « Many of its key terms, like the concept of a "linguistic minority community", or that of "vitality", are undefined in the Act, even though their meaning is far from obvious »[131]. À la lumière de ces observations, des experts seront sans doute éventuellement appelés à témoigner de l'utilité de la notion de vitalité ethnolinguistique, cousin germain de la CI, dans des litiges ultérieurs, afin d'éclairer les juges dans l'application de l'article 41 aux contextes précis dans le cadre desquels la *LLO* sera invoquée. Les travaux de Labelle Eastaugh soutiennent par ailleurs qu'afin d'être interprétée de façon concordante avec le régime des droits linguistiques canadien existant, l'article 41 de la *LLO* devra être interprété non seulement de façon positive, mais aussi de façon à reconnaître son application aux *collectivités* de langue officielle en situation minoritaire (par opposition à une application à des individus). L'auteur décrit une collectivité de la façon suivante :

> "a collection of persons such that one would still identify it as the same collectivity were some or all of the included persons to change and such that the included persons properly identify themselves non-trivially as members of this collectivity". In other words, the properties of a collectivity are not reducible to those of its individual members. Because of this […] a collectivity can have interests that are distinct from those of its individual members. A collectivity's well-being, qua collectivity, can go better or worse, and so a collectivity can have interests. These interests can form the basis for an argument for collective rights[132].

La mobilisation de la complétude institutionnelle ou des notions parentes à celle-ci semble être essentielle à une mise en contexte adéquate de l'application de l'article 41 aux communautés francophones en situation minoritaire. La notion de « vitalité » étant désormais au cœur de la législation linguistique canadienne, nous émettons l'hypothèse que les juges pourraient faire d'elle un nouveau principe d'interprétation dans le domaine des droits linguistiques, advenant une interprétation généreuse de la portée de l'article 41 dans des litiges ultérieurs.

---

131 *Ibid* à la p 3.

132 *Ibid* à la p 116. Cette position est aussi soutenue dans Monique Corriveau, Richard Léger, Matthew Létourneau et Mélanie Roy, *L'avenir des minorités de langues officielles et l'engagement des institutions fédérales : la partie VII de la* Loi sur les langues officielles *comme outil permettant de réaliser l'égalité réelle*, Ottawa, Comité sénatorial permanent des langues officielles, 2011 aux pp 32-33.

CONCLUSION : LA COMPLETUDE INSTITUTIONNELLE, UN ELEMENT DE PREUVE SOCIOLOGIQUE… POUR LE MOMENT

En conclusion, revenons à notre question de départ : lorsque le droit parle de la complétude institutionnelle, quelle place lui réserve-t-il ? Notre analyse de la jurisprudence faisant mention de cette notion et de ses déclinaisons a démontré que depuis la fin des années 1990, ce sont les témoignages d'experts provenant des disciplines de la science politique, de la sociologie et de la psychologie sociale, Raymond Breton et Rodrigue Landry au premier chef, qui ont introduit ces concepts aux juges. Depuis lors, soit ces derniers ont mobilisé la complétude institutionnelle dans des causes faisant une interprétation large et généreuse de certains droits linguistiques existants (et particulièrement l'article 23 de la *Charte*), soit ils l'ont omis de leur justification dans le cadre de décisions moins généreuses. Les juges des cours d'appel n'ont pas traité de la complétude institutionnelle de la même façon que leurs homologues des tribunaux inférieurs dans près de la moitié des causes. Dans les raisons écrites où la complétude institutionnelle a été mobilisée par les juges, ce fut toujours en conjonction avec d'autres principes d'interprétation généreuse des droits linguistiques, notamment le principe constitutionnel non écrit de la protection des minorités, l'objet réparateur des droits linguistiques, et le principe d'égalité réelle. La complétude institutionnelle a ainsi été en partie avalisée dans le discours des juges, mais ces derniers ne l'ont pas entérinée en tant que notion proprement juridique. Elle semble rester, pour le moment du moins, un élément interprétatif provenant d'experts-témoins servant à éclairer les juges sur le contexte particulier dans le cadre duquel les droits linguistiques s'appliquent, plutôt qu'une notion que les juges se seraient appropriés et auraient intégré au droit linguistique canadien. Ces observations nous amènent à questionner le traitement des faits par les juges et leur utilisation dans leurs raisons écrites. Selon Pinard, l'introduction de preuves extrinsèques par l'entremise d'experts-témoins crée un nouveau lieu de pouvoir pour les juges, ceux-ci pouvant choisir d'utiliser certains éléments de preuve (et d'en éviter d'autres) afin d'octroyer à leur décision une apparence de neutralité[133]. La corrélation entre la présence ou l'absence de la notion de CI dans les raisons écrites et le résultat de chacune des décisions pour les CFSM pourrait être le signe d'une utilisation arbitraire de la CI de la part des juges, mais notre échantillon de décisions n'était pas suffisamment large pour que nos observations soient significatives à cet égard.

Finalement, nous pourrions éventuellement assister à un brouillage de la division entre preuve en science et preuve en droit par la CI, puisque les législateurs ont

[133] Pinard, « Les principes de preuve … », *supra* note 43 à la p 228.

ancré la notion de vitalité au cœur même de la Partie VII de la *LLO*, désormais justiciable. Des interprétations ultérieures de l'article 41, en particulier, pourraient opérer une transformation de ce concept, le reléguant au domaine juridique plutôt que sociologique, à la manière du principe de l'égalité réelle. Un suivi de l'évolution de la jurisprudence sera nécessaire afin de déterminer si cette transformation aura lieu. Bien qu'elle demeure, pour le moment, une notion sociologique, l'apparition dans le discours juridique de la CI a néanmoins présidé à une interprétation généreuse des droits linguistiques canadiens. Son introduction devant les tribunaux a outillé les juges dans leur compréhension de la réalité des communautés en situation minoritaire sur lesquelles portent leurs décisions, et de l'impact potentiel des arrêts qu'ils rendent pour leur maintien et leur épanouissement.

(2016) 3 RDL 94

L'AFFAIRE *CARON* : LA COUR SUPRÊME À LA RECHERCHE DU COMPROMIS PERDU!

André Braën*

INTRODUCTION

Généralement et sauf dans le domaine des droits judiciaires, la Cour suprême du Canada a interprété de manière libérale et généreuse les droits ou les garanties linguistiques inscrits dans la constitution ou dans un texte de loi. L'analyse contextuelle adoptée par la cour[1] a permis, en se fondant sur le principe de l'égalité des langues officielles et sur celui du maintien et du développement des minorités de langue officielle, d'identifier un contenu favorable aux membres de ces minorités. Même s'ils n'en sont pas, la Cour suprême a assimilé les droits linguistiques constitutionnels à des droits fondamentaux et a jugé qu'outre leur caractère réparateur, ces droits constituent un minimum auquel le législateur peut certes ajouter mais non retrancher[2]. Si cette approche généreuse a prévalu à l'égard des dispositions traitant de bilinguisme parlementaire et législatif ainsi que des droits scolaires et de la prestation de services gouvernementaux aux minorités de langue officielle, le même tribunal a aussi jugé en 1986 que, dans le domaine des droits judiciaires, les garanties linguistiques devaient plutôt faire l'objet d'une interprétation restrictive puisqu'elles étaient le résultat d'un compromis politique et qu'elles devaient être distinguées des autres garanties juridiques[3]. Il n'appartient

---

* Professeur titulaire à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa. Il convient de noter que le présent texte sera publié en format papier dans un livre hommage au professeur José Woehrling aux éditions Thémis en 2017.

1 Dans *DesRochers c Canada (Industrie)*, 2009 CSC 8, [2009] 1 RCS 194, la cour rappelle de la manière suivante les principes qui doivent régir l'interprétation des droits linguistiques :

> Les tribunaux sont tenus d'interpréter ces droits de façon libérale et téléologique. À cette fin, les dispositions pertinentes doivent être interprétées d'une façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langues officielles au Canada […]. D'ailleurs, la Cour a plusieurs fois réaffirmé que le concept de l'égalité en matière de droits linguistiques doit recevoir son sens véritable [...] (juge Charron à la p 207).

2 Voir Michel DOUCET, Michel BASTATARACHE et Martin RIOUX, « Les droits linguistiques : fondements et interprétation » dans Michel BASTARACHE et Michel DOUCET, dir, *Les droits linguistiques au Canada*, 3e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013 aux pp 1-88 [*Les droits linguistiques au Canada*].

3 Ainsi, le droit d'utiliser le français ou l'anglais devant un tribunal s'entend du droit du rédacteur d'une pièce de procédure, plaidoirie ou d'un jugement, et non de son destinataire,

pas aux tribunaux d'ajouter à ce compromis ou de le modifier. L'égalité des deux langues officielles n'est plus une préoccupation judiciaire. À ce niveau, tout est question de progression et la logique du compromis politique veut donc qu'il revienne au législateur compétent[4] d'intervenir pour conférer des droits linguistiques additionnels s'il y a lieu[5]. Longtemps, cette ambivalence caractérisa les interventions des tribunaux canadiens dans le domaine linguistique et on pensa bien que la cour y avait mis un terme dans l'arrêt *R. c. Beaulac*[6]. La majorité des membres de la Cour suprême[7] jugeaient alors qu'une interprétation généreuse et libérale est de mise *dans tous les cas* lorsqu'un tribunal est saisi d'une question de droits linguistiques.

Mais l'ambivalence subsista, du moins dans les dossiers linguistiques n'impliquant pas des droits scolaires constitutionnels[8]. Ainsi, c'est une interprétation restrictive

d'utiliser la langue de son choix et il ne confère pas le droit à celui qui utilise la langue de son choix d'être compris directement par un juge qui comprend la langue utilisée. Si le droit d'être entendu existe, c'est plutôt en vertu du principe de « procès équitable » tel qu'élaboré par la common law. Voir *MacDonald c Ville de Montréal*, [1986] 1 RCS 460, 27 DLR (4e) 321 [*MacDonald*] et *Société des Acadiens c Association of Parents*, [1986] 1 RCS 549, 27 DLR (4e) 406 [*Société des Acadiens*]. On pourra lire aussi Mark POWER et Marc-André ROY, « De la possibilité d'être compris directement par les tribunaux canadiens, à l'oral comme à l'écrit, sans l'entremise de services d'interprétation ou de traduction » (2015) 45 RGD 403-441. À toutes fins pratiques, ce genre d'interprétation annihile les droits conférés : à quoi peut servir le droit d'utiliser une langue si rien ne garantit que l'on sera compris?

4 En tant que telle, la langue n'est pas un sujet de compétence législative énuméré dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et qui est attribué de façon exclusive à un ordre de gouvernement. C'est plutôt un sujet de concurrence législative et chaque législateur, fédéral et provincial, peut adopter des lois relatives à des sujets qui relèvent de sa compétence et en réglementer les aspects linguistiques qui y sont reliés en autant toutefois de ne pas porter atteinte aux garanties linguistiques inscrites dans la Constitution. Voir *Jones c P.G. Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 RCS 182, 7 RNB (2e) 526 et *R c Beaulac*, [1999] 1 RCS 768, 173 DLR (4e) 193.

5 D'autant plus qu'il s'agit d'attribuer des droits qui sont de nature litigieuse dans la mesure où ils ne recueillent pas l'assentiment populaire. Voir par exemple ce qu'en dit le juge Slatter dans *R c Caron*, 2014 ABCA 71, 92 Alta LR (5e) 306 au para 91 : « Les droits linguistiques s'inscrivent parmi les concepts historiques et politiques fondamentaux qui définissent le Canada. Par ailleurs, comme pourrait en témoigner quiconque vit au Canada depuis les 40 dernières années, les droits linguistiques sont également susceptibles de susciter la controverse et de semer la discorde. En ce qui touche les droits linguistiques, la stabilité et la prévisibilité sont particulièrement importantes ».

6 *Supra* note 4.

7 Deux juges dissidents, même s'ils partageaient la même interprétation à donner à la disposition linguistique en cause, à savoir l'article 530 du *Code criminel* qui confère à un accusé le droit à un procès criminel dans la langue officielle de son choix, ont jugé qu'il n'était pas opportun de réexaminer l'interprétation constitutionnelle des droits linguistiques et de revoir la position de la cour dans les arrêts *MacDonald* et *Société des Acadiens*, *supra* note 3.

8 Voir *Association des parents de l'école Rose-des-vents c Colombie-Britannique (Éducation),* [2015] 2 RCS 139, 69 BCLR (5e) 1. En particulier, s'il s'agit de l'accès à l'école anglaise du

qui caractérisa l'approche de la Cour suprême dans l'arrêt *Charlebois*[9], et récemment dans les arrêts *Conseil scolaire francophone de Colombie-Britannique*[10] et *Thibodeau*[11]. Appelée à la retenue judiciaire, la cour constate, sans le déplorer, l'inaction du législateur à qui il revient selon elle de faire progresser le statut de la langue française au Canada. Et si le législateur est intervenu, il convient alors, toujours selon la cour, de s'en remettre à une interprétation littérale des textes et sans besoin de recourir aux valeurs constitutionnelles dont celles de la dualité linguistique à moins d'imprécision notable[12]. La récente décision de la Cour suprême dans *Caron c. Alberta*[13] cristallise-t-elle cette approche? Cette affaire est particulièrement importante en ce qui concerne le statut juridique actuel et futur du français dans l'Ouest canadien. Elle nous permet également de vérifier si la retenue doit dorénavant caractériser l'approche de la cour dans le domaine linguistique. Nous proposons donc une analyse critique de cette décision afin d'en comprendre les impacts éventuels. Mais dans un premier temps, un rappel de la chronologie pertinente ainsi que de l'arrêt *R. c. Mercure*[14] s'impose en vue d'une meilleure compréhension de la décision *Caron*.

I - RAPPEL

A - La chronologie[15]

L'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique de 1867* (*Loi constitutionnelle de 1867*) établit la fédération canadienne et son article 133 introduit le bilinguisme

Québec, l'approche de la Cour suprême du Canada semble ne faire preuve d'aucune retenue et encadre étroitement la compétence de l'Assemblée nationale. Voir *Solski (Tuteur de) c Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 RCS 201 et *Nguyen c Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2009 CSC 47, [2009] 3 RCS 208 ainsi que les commentaires de André BRAËN « La Cour suprême du Canada et les droits linguistiques : une certaine fatigue » dans Pierre TAILLON et Eugénie BROUILLET, dir, *Un regard québécois sur le droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2015, 453.

9 *Charlebois c Saint John (Ville)*, 2005 CSC 74, [2005] 3 RCS 563.

10 *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c Colombie-Britannique*, 2013 CSC 42, [2013] 2 RCS 774.

11 *Thibodeau c Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 RCS 340.

12 Voir nos commentaires, *supra* note 8.

13 2015 CSC 56, [2015] 3 RCS 511 [*Caron*].

14 [1988] 1 RCS 234, 48 DLR (4e) 1.

15 Une preuve historique a longuement été débattue au niveau de toutes les instances de l'affaire *Caron*. La décision de la Cour suprême elle-même laisse une grande place à l'analyse historique tant de la part de la majorité que des juges dissidents. Voir *Caron*, *supra* note 13.

parlementaire et législatif[16] au sein du Parlement canadien et de la Législature du Québec et rend le bilinguisme judiciaire[17] applicable devant les tribunaux établis par l'un ou l'autre. L'article 146 prévoit quant à lui l'admission éventuelle de la Terre de Rupert ainsi que du Territoire du Nord-Ouest dans l'union canadienne[18]. En décembre de la même année, le Parlement canadien présente à la Reine une première adresse (l'*Adresse de 1867*) requérant du Parlement impérial qu'il unisse ces territoires au Canada nouvellement formé et lui accorde le pouvoir de légiférer à leur égard. Il promet qu'en cas de transfert, « les droits acquis de toute Corporation, Compagnie ou Individu de ces régions »[19] seront respectés. Ces territoires étaient à ce moment gouvernés et administrés par la Compagnie de la Baie d'Hudson qui y exploitait un monopole des fourrures en vertu d'une charte royale. La demande est refusée et on invite plutôt les autorités canadiennes à entamer des discussions avec les populations des territoires concernés qui semblent résister à cette initiative ainsi qu'avec la Compagnie de la Baie d'Hudson. Après une entente avec la compagnie, une seconde adresse au monarque est adoptée par le Parlement canadien en mai 1869 (l'*Adresse de 1869*)[20] demandant l'autorisation

---

16 Par bilinguisme parlementaire et législatif, l'article 133 s'entend du droit d'utiliser le français ou l'anglais dans les débats des chambres du Parlement canadien ou de la Législature du Québec et il s'entend aussi de l'obligation de procéder à la rédaction des archives, procès-verbaux et des journaux de celles-ci dans les deux langues. Il prévoit spécifiquement l'impression et la publication bilingue des lois adoptées par les deux législateurs. Les dispositions de cet article seront l'objet d'une interprétation libérale et très généreuse de la part de la Cour suprême du Canada. Voir Michel DOUCET, « Le bilinguisme législatif » dans *Les droits linguistiques au Canada*, *supra* note 2, 179 [DOUCET, « Le bilinguisme législatif »].

17 Par bilinguisme judiciaire, on entend l'utilisation du français ou de l'anglais devant ces tribunaux ainsi que dans toutes plaidoiries ou pièce de procédure émanant desdits tribunaux. On sait que ces dispositions ont été l'objet d'une interprétation restrictive, *supra* note 3. Voir Vanessa GRUBEN, « Le bilinguisme judiciaire » dans *Les droits linguistiques au Canada*, *supra* note 2, 301.

18 L'article se lit comme suit :

> Il sera loisible à la Reine, de l'avis du très-honorable Conseil Privé de Sa Majesté, sur la présentation d'adresses de la part des chambres du Parlement du Canada, et des chambres des législatures respectives des colonies ou provinces de Terre-neuve, de l'Île-du-Prince-Édouard et de la Colombie-Britannique, d'admettre ces colonies ou provinces, ou aucune d'elles dans l'union, et, sur la présentation d'adresses de la part des chambres du parlement du Canada, d'admettre la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest, ou l'une ou l'autre de ces possessions, dans l'union, aux termes et conditions, dans chaque cas, qui seront exprimés dans les adresses et que la Reine jugera convenable d'approuver, conformément à la présente; les dispositions de tous ordres en conseil rendus à cet égard, auront le même effet que si elles avaient été décrétées par le parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande.

19 *Caron*, *supra* note 13 au para 14. En anglais, l'expression « droits acquis » ou « droits légaux » est traduite par « legal rights ».

20 *Ibid* au para 17.

d'annexer les territoires aux conditions approuvées par la compagnie. Le Parlement autorise le gouverneur en conseil à régler les détails de l'annexion.

Mais le projet est mal reçu par les populations métis et autochtones et un groupe de Métis dirigés par Louis Riel s'insurgent et forment un gouvernement provisoire. Dans les négociations avec les autorités canadiennes, les représentants métis mettent de l'avant plusieurs revendications exprimées sous forme de « Listes des droits », d'abord en décembre 1869, puis en février et mars 1870. Une revendication énonce que « l'usage des langues anglaise et française sera facultatif dans la législature et les cours de justice, et tous les documents publics et les actes de la législature seront publiés dans les deux langues »[21], ce qui correspondait à ce moment à l'usage en cours dans les territoires. On veut également que les deux territoires entrent dans le Canada à titre de province (de l'Assiniboine).

Pour apaiser les tensions, le gouverneur général, sir John Young, signe le 6 décembre 1869 une proclamation royale rédigée tant en français qu'en anglais afin de rassurer la population et énonçant « que sous l'union avec le Canada, tous vos droits et privilèges civils et religieux seront respectés, vos propriétés vous seront garanties, et que votre pays sera gouverné, comme par le passé, d'après les lois anglaises et dans l'esprit de la justice britannique »[22]. Une délégation de représentants des territoires entamera alors des négociations avec les autorités canadiennes et une entente sera convenue pour créer à partir d'une (petite) portion des territoires la nouvelle province du Manitoba[23]. Le reste des territoires sera annexé au Canada à titre de territoires relevant du Parlement canadien. Toujours en 1869, le Parlement adopte une loi sur l'administration des nouveaux territoires[24]. Puis le Parlement canadien adopte la *Loi de 1870 sur le Manitoba*[25] qui sera sanctionnée le 12 mai de cette année et dont l'article 23 reprend la formulation de l'article 133 de *Loi constitutionnelle de1867* en rendant applicables au Manitoba le bilinguisme parlementaire et législatif de même que le bilinguisme judiciaire

---

21 *Ibid* au para 21.

22 Pour une analyse de la nature juridique de la *Proclamation de 1869* et du contexte de son adoption, voir François LAROCQUE, « La proclamation du 6 décembre 1869 » (2010) 33:2 Manitoba LJ 298-326 et Pierre FOUCHER, « Le statut constitutionnel de la Proclamation royale de 1869 » dans Sophie BOUFFARD et Peter DORRINGTON, dir, *Le statut du français dans l'Ouest canadien : la cause Caron*, Montréal, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014, 177.

23 Pour visualiser les frontières de ces territoires, voir l'*Atlas historique du Canada*, t II, « La transformation du territoire : 1800-1891 », éd. française par Jean-Claude ROBERT, dir, Montréal, P.U.M., 1993.

24 *Acte concernant le gouvernement provisoire de la Terre de Rupert*, SC 1869, c 3. Cette loi ne sera jamais appliquée puisque l'administration des nouveaux territoires sera confiée à la nouvelle province du Manitoba jusqu'en 1875.

25 *Loi de 1870 sur le Manitoba*, SC 1870, c 3 (reproduite dans LRC 1985, app II, nº 8).

devant ses tribunaux. En juin 1870, le gouvernement impérial adopte le *Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest*[26] lequel ordonne l'admission des deux territoires au sein du Canada selon les termes et conditions énoncés dans les *Adresses de 1867 et 1869*. Les deux documents sont annexés au *Décret de 1870* lequel est inscrit avec ses annexes à l'annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*[27].

Incertaines de pouvoir ainsi créer une nouvelle province, les autorités canadiennes demandent au Parlement impérial de ratifier cette législation, ce qu'il fera avec l'adoption de la *Loi de 1871 sur l'Amérique du Nord Britannique* (maintenant la *Loi constitutionnelle de 1871*)[28]. En 1875, le Parlement canadien adopte l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*[29] lequel est modifié en 1877[30] afin d'y insérer des dispositions semblables aux articles 133 et 23 rendant applicables aux institutions des territoires fédéraux les modalités relatives au bilinguisme législatif et judiciaire. En 1905, deux nouvelles provinces sont créées à même les territoires lorsque le Parlement canadien adopte la *Loi sur l'Alberta*[31] et *Loi sur la Saskatchewan*[32]. Les deux lois prévoient le maintien dans les nouvelles provinces du droit en vigueur dans les territoires jusqu'à leur modification ou abrogation par la législature

---

26 (1870) RU, reproduite dans LRC 1985, app II, nº 9.

27 Voir l'alinéa 52(2)b).

28 *Loi de 1871 sur l'Amérique du Nord Britannique*, 34-35 Vict, c 28 (RU) (maintenant la *Loi constitutionnelle de1871*) et reproduite dans LRC 1985, app II, nº 8. Ce texte confirme le pouvoir du Parlement canadien de créer ainsi de nouvelles provinces.

29 SC 1875, c 49.

30 *Acte des Territoires du Nord-Ouest*, SC 1877, c 7, art 11 qui se lit comme suit :

> Toute personne pourra faire usage soit de la langue anglaise, soit de la langue française, dans les débats du dit conseil et dans les procédures devant les cours, et ces deux langues seront usitées pour la rédaction des pièces d'archives et des journaux du dit conseil; et les ordonnances du dit conseil seront imprimées dans ces deux langues ».

Cette disposition deviendra l'article 110 des SRC 1886, c 50. Il sera abrogé et remplacé par l'article 18 des lois de 1891, 54-55 Vict, c 22 pour se lire comme suit :

> L'article 110 de la loi est par le présent abrogé et remplacé par le suivant: "Toute personne pourra faire usage soit de la langue anglaise, soit de la langue française, dans les débats de l'Assemblée législative des territoires, ainsi que dans les procédures devant les cours de justice; et ces deux langues seront employées pour la rédaction des procès-verbaux et journaux de l'Assemblée; et toutes les ordonnances rendues sous l'empire du présent acte seront imprimées dans ces deux langues; néanmoins, après la prochaine élection générale de l'Assemblée législative, cette Assemblée pourra, par ordonnance ou autrement, réglementer ses délibérations et la manière d'en tenir procès-verbal et de les publier; et les règlements ainsi faits seront incorporés dans une proclamation qui sera immédiatement promulguée et publiée par le lieutenant-gouverneur en conformité de la loi, et ils auront ensuite plein effet et vigueur.

31 SC 1905, c 3.

32 SC 1905, c 42.

compétente[33]. À la suite de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Mercure*[34] qui décrète invalide leur législation adoptée en anglais seulement depuis leur création, l'Alberta et la Saskatchewan adoptent une législation linguistique afin de valider rétroactivement cette pratique et pour permettre, mais non imposer, l'usage du français[35].

B - L'arrêt *Mercure*

Dans l'arrêt *R. c. Mercure*[36] rendu en 1988, la Cour suprême avait été appelée à vérifier s'il existait au plan constitutionnel une obligation pour la Saskatchewan d'imprimer et de publier ses lois en français et en anglais et garantissant le bilinguisme judiciaire. Le père Mercure fut en effet poursuivi pour avoir enfreint le code de sécurité routière et il réclama un procès en français ou du moins le droit d'utiliser le français devant le tribunal. Il plaida l'invalidité de la législation invoquée[37] au motif qu'elle n'avait pas été adoptée en français. Au moment de sa création en 1905, la Saskatchewan faisait partie des Territoires du Nord-Ouest. L'article 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*[38] y imposait le bilinguisme législatif et judiciaire et au moment de la création de la province, la loi constitutive[39] y maintenait le droit en vigueur dans les territoires jusqu'à ce qu'il soit modifié ou abrogé par le législateur compétent. Or, ces dispositions n'avaient jamais été modifiées ou abrogées par la Législature même si, par ailleurs et depuis sa création, les lois avaient été adoptées et publiées en anglais seulement.

La cour s'est livrée à une analyse historique, beaucoup plus succincte que celle qui sera examinée plus tard dans l'arrêt *Caron*, afin de vérifier si l'obligation au bilinguisme législatif était toujours applicable et si elle avait été enchâssée dans la constitution du Canada. Au nom de la majorité[40], le juge Laforest a noté que le bilinguisme a constitué un enjeu important à l'époque de la création du Manitoba et qu'il avait conduit à des affrontements. Il a aussi noté que les premiers textes législatifs concernant les territoires du Nord-Ouest adoptés en 1875 ne contenaient aucune disposition sur le bilinguisme contrairement à l'article 23 de la *Loi de 1870*

---

33 Voir l'article 16 des deux textes de loi.

34 *R c Mercure*, [1988] 1 RCS 234, 48 DLR (4e) 1 [*Mercure*] et aussi *R c Paquette*, [1990] 2 RCS 1103, 73 DLR (4e) 575.

35 *Loi linguistique*, RSA 2000, c L-6 et *Loi linguistique*, LS 1988-89, c L-6.1. Voir, ci-dessous, à la p 102.

36 *Supra* note 34.

37 Il s'agissait du *Vehicles Act*, RSS 1978, c V-3 et du *Summary Offences Procedure Act*, RSS 1978, c S-63.

38 *Supra* note 30.

39 *Loi sur la Saskatchewan*, *supra* note 32, art 16.

40 Les juges Dickson, Beetz, Lamer, Wilson et LeDain ont souscrit à l'opinion du juge La Forest.

sur le Manitoba. Ce ne sera qu'en 1877 que la législation territoriale sera modifiée pour y inclure l'article 110[41]. Pour le juge Laforest, cette modification n'est pas liée à l'article 23. Selon lui, on croyait à l'époque qu'il valait mieux laisser aux autorités locales le soin de décider des questions linguistiques. Mais le juge constate, sans l'expliquer, que le Parlement a quand même légiféré sur la question en adoptant l'article 110 et qu'il a refusé par la suite de l'abroger. Le juge Laforest n'est pas certain que l'article 110 soit une réponse aux revendications de la population et il est d'avis que cet article ne résulte pas du même compromis que celui à la base de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Même si on cessa pratiquement d'utiliser le français dans les territoires à partir de 1892, l'usage ne peut effacer la loi. En 1905, le bilinguisme législatif et judiciaire était toujours reconnu législativement et c'est ce droit qui a été maintenu. Selon le juge Laforest, même si l'histoire reste utile, l'interprétation de la loi doit se faire dans le contexte présent et en fonction des termes utilisés par législateur. La Législature de la Saskatchewan possède le pouvoir de modifier ou d'abroger les dispositions linguistiques applicables mais elle ne l'a pas fait et l'article 110 est donc toujours en vigueur. Ces dispositions ne font pas partie de la constitution du Canada mais plutôt de la constitution de la province. À l'époque, le Parlement canadien savait en effet comment enchâsser les droits linguistiques dans la constitution d'une nouvelle province pour les protéger d'une intervention de la Législature comme il l'avait fait pour le Manitoba. Mais ce ne fut pas le cas et la Saskatchewan doit aujourd'hui adopter une loi bilingue afin de modifier ou d'abroger l'article 110 et de déclarer rétroactivement valides toutes les lois unilingues anglaises adoptées depuis 1905 ou les traduire… Pour les juges dissidents[42], l'équilibre démographique des territoires a changé radicalement à la fin du vingtième siècle et ce changement est à l'origine des caractéristiques linguistiques qui existent toujours. Un texte législatif destiné à avoir un effet constitutionnel doit clairement exprimer cette intention et ce n'est pas le cas. Le Parlement canadien s'est abstenu de créer des droits linguistiques et l'article 110 n'a pas été en conséquence incorporé dans le droit de la nouvelle province. Et à supposer qu'il l'ait été, il a cessé d'exister instantanément quand les institutions territoriales ont été remplacées par celles de la nouvelle province[43].

L'arrêt *Mercure* traitait du statut du français en Saskatchewan mais compte tenu des textes législatifs applicables, ses conclusions s'appliquent également au cas de l'Alberta, ce qui sera confirmé formellement dans l'arrêt *R. c. Paquette*[44]. La Saskatchewan et l'Alberta ont donc légiféré pour valider leur législation adoptée

41 *Supra* note 30.
42 Il s'agit du juge Estey à l'opinion duquel a souscrit le juge McIntyre.
43 *Mercure*, *supra* note 34 aux pp 257-71.
44 *Supra* note 34.

uniquement en anglais depuis 1905. Ainsi la *Loi linguistique*[45] adoptée par la Saskatchewan valide les lois et règlements adoptés en anglais uniquement (art.2) et prévoit que les lois et règlements pourront dorénavant être imprimés et publiés en anglais seulement ou en français et en anglais (art.3). Le gouvernement peut par règlement désigner les lois et les projets de loi qui pourront être adoptés en français et en anglais (art.6)[46]. Il en est de même en ce qui concerne les règlements existants ou à édicter (art.8-9). Le français peut être utilisé devant certains tribunaux[47] et ces derniers peuvent établir des règles à cet effet (art.11). L'anglais et le français peuvent être utilisés dans les travaux de l'Assemblée législative mais les archives, procès-verbaux et journaux décrétés uniquement en anglais dans le passé sont déclarés valides; ces derniers pourront être dans l'avenir rédigés en anglais seulement sauf résolution contraire permettant l'utilisation du français et de l'anglais (art.12). Enfin, la loi déclare non applicable l'article 110 en Saskatchewan (art.13). Quant à la *Loi linguistique*[48] adoptée par l'Alberta, elle valide rétroactivement les lois et règlements adoptés en anglais seulement (art.2) et elle précise que les lois peuvent être imprimées et publiées en anglais (art.3). Le français peut être utilisé devant certains tribunaux[49] et le gouvernement peut adopter un règlement à cette fin (art.4)[50]. Le français et l'anglais peuvent être utilisés à l'Assemblée législative et ses règlements, procès-verbaux et journaux adoptés uniquement en anglais sont déclarés être valides ; il est permis d'établir, imprimer et publier ces derniers en français et en anglais si l'Assemblée le désire (art.5). Enfin, la loi déclare non applicable l'article 110 en Alberta (art.7).

En résumé et au plan du bilinguisme législatif, la législation adoptée par les deux provinces n'impose plus l'emploi obligatoire du français lequel devient facultatif et soumis à la discrétion des autorités. Même si la législation de la Saskatchewan semble un peu plus généreuse envers le français, à toutes fins pratiques celui-ci est aujourd'hui rarement utilisé dans les deux provinces. Il faut donc souligner que l'intervention législative de ces provinces en 1988 a eu pour objet non seulement de valider l'unilinguisme, c'est le choix qui a été fait à ce moment, mais aussi de diminuer substantiellement les droits conférés auparavant à la minorité francophone. Il est ironique de constater que le chemin pour y parvenir au plan juridique leur fut tracé par la Cour suprême du Canada elle-même.

---

45 SS 1988-89, c L-6.1.

46 À notre connaissance, aucun règlement n'a été adopté à ce jour.

47 Il s'agit de la Cour provinciale, de la Cour du banc de la reine, de la Cour d'appel et du tribunal de la sécurité routière de la Saskatchewan.

48 SA 1988, c L-7.5 maintenant RSA 2000, c L-6.

49 Il s'agit de la Cour provinciale, de la Cour du banc de la reine et de la Cour d'appel de l'Alberta.

50 Un règlement a été adopté en 2013. Voir le *Languages in the Courts Regulations*, Alta Reg 1581/2013. L'utilisation du français requiert un avis.

II - L'ARRÊT *CARON c. ALBERTA*

A - Analyse

L'affaire Caron met aussi aux prises deux personnes poursuivies pour infractions à la législation sur la sécurité routière de l'Alberta imprimée et publiée en anglais exclusivement[51]. Ils plaident l'invalidité de la législation unilingue et l'existence d'une obligation constitutionnelle au bilinguisme législatif imputable à l'Alberta et donc, l'inconstitutionnalité de la *Loi linguistique*[52] adoptée en 1988. En effet, la promesse de protéger les « droits civils » contenue dans la *proclamation de 1869* et surtout celle de respecter les « droits acquis » (ou « droits légaux ») énoncée dans l'*Adresse de 1867* qui est annexée au *Décret de 1870*, lequel est un texte constitutionnel[53], fondent au plan constitutionnel une obligation à la charge de l'Alberta d'imprimer et de publier ses lois en français et en anglais. Après une preuve historique très développée[54] et un long procès, ils sont acquittés par la Cour provinciale de l'Alberta[55]. Le juge constate que la pratique du bilinguisme existait dès 1845 dans les territoires. Dans la *proclamation royale de 1869*, il est énoncé que les droits civils et les privilèges de la population seront respectés et puisque, selon le *Décret de 1870*, le gouvernement canadien était autorisé à régler tous les détails pour sa mise en exécution, une valeur constitutionnelle se rattache à l'obligation au bilinguisme législatif.

La Cour du Banc de la Reine infirma cette décision[56] et jugea que ni la *proclamation royale de 1869* ni le *Décret de 1870* et les deux adresses qui y sont annexées n'ont eu pour effet de constitutionnaliser l'obligation au bilinguisme et autres droits linguistiques dans l'actuelle province de l'Alberta. La Cour d'appel[57] confirma cette décision. Même si une interprétation libérale est de mise et même si le principe constitutionnel de la protection des minorités doit être considéré, il reste que la réalité doit être tenue en compte et à cet égard, si le Parlement britannique et celui

---

51 Il s'agit du *Traffic Safety Act*, RSA 2000, c T-6 et du *Use of Highway and Rules of the Road Regulation*, Alta Reg 304/2002.

52 *Supra* note 45.

53 En vertu de l'alinéa 52(2)b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et ses annexes.

54 Des auteurs ont soulevé des doutes quant à l'exactitude de la trame historique qui fut retenue par le juge La Forest dans l'arrêt *Mercure*, *supra* note 34, contrairement à la preuve qui fut présentée au procès de Gilles Caron et Pierre Boutet. Voir Mark C. POWER, François LAROCQUE et Darius BOSSÉ, « Constitutional Litigation, the Adversarial System and some of its Adverse Effects » (2012) 17 :2 Review of Constitutional Studies/Revue d'études constitutionnelles 1.

55 2008 ABPC 232, 95 Alta LR (4e) 307.

56 2009 ABQB 745, 23 Alta LR (5e) 321.

57 2014 ABCA 71, 92 Alta LR (5e) 306.

du Canada avaient clairement voulu protéger les droits linguistiques de la population des territoires, ils auraient fait comme dans le cas du Manitoba. Le *Décret de 1870* n'a-t-il pas été adopté à la même époque que l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*? Or, ils ne l'ont pas fait pour ce territoire qui est aujourd'hui l'Alberta. De plus, la pratique du bilinguisme dans les territoires n'avait pas dépassé les limites du district d'Assiniboia (le territoire original de la province du Manitoba). En tous les cas, les promesses au plan linguistique n'ont pas été enchâssées dans des textes constitutionnels. Dans des motifs concordants, le juge Slatter après avoir rappelé le caractère contentieux des droits linguistiques[58] fut d'avis que c'est l'arrêt *Mercure* qui fait autorité. Aucun texte constitutionnel n'englobe une obligation au bilinguisme législatif imposée à l'Alberta qui, d'ailleurs, n'a jamais publié ses lois en français… Les promesses s'il y en a eu, n'ont pas été intégrées dans le *Décret de 1870*.

La décision de la Cour suprême du Canada n'est pas unanime. Deux questions constitutionnelles sont formulées et soulève (a) le caractère *ultra vires* de la *Loi linguistique* de l'Alberta compte tenu de l'existence d'une obligation constitutionnelle au bilinguisme législatif et (b) en cas de réponse affirmative, l'invalidité des lois et règlements imprimés et publiés en anglais seulement. La majorité[59] confirme la décision de la Cour d'appel de l'Alberta ainsi que son interprétation du contexte historique. On peut résumer son analyse de la façon suivante :

- Dans son introduction, la majorité rappelle tout de go que l'affaire *Caron* se situe au carrefour des droits linguistiques et des pouvoirs législatifs des provinces. Les prétentions des appelants à l'effet que le droit au bilinguisme législatif est constitutionnel doivent être rejetées parce que les expressions « droits acquis » ou « droits légaux » (« legal rights » en anglais) n'ont jamais été interprétées comme conférant des droits linguistiques. Ces derniers ont toujours fait l'objet de dispositions spécifiques. Compte tenu des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* (art.133) et de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* (art.23), il est inconcevable qu'on ait voulu protéger des droits linguistiques dans l'*Adresse de 1867* et le *Décret de1870*. Tant le contexte historique, le texte utilisé et les objets des documents invoqués au soutien de la garantie au bilinguisme législatif s'opposent aux prétentions des appelants. On ne peut donc inférer l'existence d'une telle garantie qui l'emporterait sur la

[58] Voir *supra* note 5.

[59] Les juges Cromwell et Karakatsanis rendent l'opinion majoritaire à laquelle souscrivent les juges McLachlin, Rothstein, Moldaver et Gascon.

compétence de l'Alberta de légiférer sur la langue de sa législature. La *Loi linguistique* est *intra vires*[60].

- Le dualisme et la protection des minorités sont des valeurs constitutionnelles importantes tout comme le fédéralisme et l'autonomie des provinces sont aussi des principes importants. La cour ne peut permettre que la poursuite des droits linguistiques empiète sur des matières de compétence clairement provinciale. Une interprétation large et téléologique et compatible avec le maintien et le développement des minorités de langue officielle est de mise mais ces principes ne peuvent avoir préséance sur un texte écrit de la constitution. Il faut examiner le sens ordinaire des mots utilisés dans les documents, le contexte historique et la philosophie ou objectifs à la base des garanties invoquées. Si le tribunal doit donner une interprétation généreuse des droits linguistiques, il ne doit pas en créer de nouveaux[61].

- L'interprétation historique des appelants quant à l'existence d'une obligation au bilinguisme législatif doit donc être rejetée. La promesse de respecter des droits acquis contenue dans l'*Adresse de 1867* repose sur un compromis politique différent de celui du bilinguisme législatif. À l'époque, les représentants ont distingué entre des droits linguistiques et des droits acquis. Ils croyaient que les droits linguistiques à proprement parler avaient été conférés à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. La *proclamation de 1869* faisant état du respect des droits et privilèges civils ne vise pas le bilinguisme et constitue une promesse non exécutoire[62].

- Toujours au plan historique, les représentants de la population croyaient que leurs droits linguistiques avaient été protégés par l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et les termes de l'*Adresse de 1867* ne visaient pas des droits linguistiques. Le bilinguisme s'est effectivement appliqué dans les territoires de 1870 à 1875 alors qu'ils étaient sous une administration combinée avec la nouvelle province mais cela ne signifie pas qu'il s'agissait de la mise en œuvre d'une obligation constitutionnelle. Les lois relatives aux territoires de 1875 et de 1877 confirment cette interprétation et aucun des représentants de la population ne croyait vraiment que le bilinguisme législatif avait été garanti pour les territoires hors Manitoba en 1870. S'il existe un compromis sur le

60 *Caron*, *supra* note 13 aux para 1-7.

61 *Ibid* aux para 35-38.

62 *Ibid* au para 99. Voici ce que conclut simplement la majorité : « Comme nous l'avons vu, il ressort du dossier historique que le gouvernement provisoire a envoyé trois délégués à Ottawa afin de négocier les droits qu'il souhaitait voir protégés. À certains égards, ils ont réussi. La province du Manitoba a été créée ».

bilinguisme législatif, c'est celui qui a été consacré à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et non dans le *Décret de 1870*. Certaines revendications dont celle relative à l'admission de l'ensemble des territoires à titre de nouvelle province ont été rejetées et le compromis à cet égard fut d'accepter qu'une petite portion de ces territoires soit érigée comme province. Celles relatives au droit vote, à la représentation au Sénat, aux subventions ou encore au bilinguisme législatif ont été inscrites dans *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Mais la population vivant en dehors de cette nouvelle province ne s'est vu quant à elle reconnaître aucun de ces droits. Comment un document rédigé en 1867 (l'*Adresse de 1867*) peut-il matérialiser un compromis qui n'interviendra que trois années plus tard? On ne peut pas se contenter de recourir aux documents historiques faisant état de revendications et de souhaits et présumer qu'on y a accédé[63].

- Si la cour donnait raison aux appelants, cela voudrait dire que sa décision dans l'arrêt *Mercure* est erronée et on ne peut permettre que la stabilité du droit constitutionnel soit remise en question. Dans cet arrêt, le juge Laforest alors qu'il traitait du cas de la Saskatchewan a conclu qu'il n'existait aucune garantie constitutionnelle au bilinguisme législatif et judiciaire. L'opinion de l'époque était à l'effet que les dispositions linguistiques ne devaient pas être enchâssées de sorte de laisser les législatures libres de légiférer à ce sujet[64].

- Conclure à l'existence d'une obligation constitutionnelle au bilinguisme législatif aurait des conséquences importantes au plan pratique puisqu'il en découlerait que le bilinguisme aurait été constitutionnalisé non seulement à l'égard de l'Alberta mais aussi de toutes les terres appartenant avant l'annexion de 1870 à la Compagnie de la Baie d'Hudson à savoir les trois territoires d'aujourd'hui, puis la Saskatchewan, l'Ontario et le Québec[65].

Les juges Wagner et Coté ont livré une opinion dissidente[66] également très documentée et que l'on peut résumer de la façon suivante :

- Dans leur introduction, les juges dissidents constatent que les négociations entre les divers représentants ont abouti en 1870 à un compromis historique qui a permis l'annexion des territoires. Ces négociations ont eu lieu au moment de la fondation du pays, de « sa constitution »[67]. L'entente à laquelle ont mené

63 *Ibid* aux para 39-80.
64 *Ibid* aux para 79-84.
65 *Ibid* au para 102.
66 À laquelle a également souscrit la juge Abella.
67 *Caron*, *supra* note 13 au para 116.

ces négociations contenait une promesse de protéger le bilinguisme législatif et cette entente a été constitutionnalisée par l'adoption de l'*Adresse de 1867* et son inclusion dans le *Décret de 1870*. La *Loi linguistique* est donc *ultra vires* et la législation sur la sécurité routière imprimée et publiée exclusivement en anglais est inopérante.

- L'*Adresse de 1867* jointe au *Décret de 1870* contient une garantie de bilinguisme législatif et elle fait partie de la constitution du Canada en vertu de l'article 52(2)b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et ses annexes. Cette *adresse* doit être interprétée à la lumière du contexte historique, philosophique et linguistique et aussi tenir compte de l'essence même d'une constitution qui est d'exprimer la volonté d'un peuple et finalement, ses dispositions constitutionnelles doivent être l'objet d'une interprétation large et téléologique[68].

- Les juges distinguent l'affaire *Caron* de l'arrêt *Mercure*. Ce dernier traitait de l'application de l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest* et il n'a pas procédé à l'analyse du compromis contenu dans le *Décret de 1870*. Ce qui est mis en cause dans l'affaire *Caron* est la validité de la *Loi linguistique* adoptée par l'Alberta. L'arrêt *Mercure* n'empêche pas la cour de conclure à l'existence d'une obligation constitutionnelle de bilinguisme législatif imputable à l'Alberta[69].

- Au plan historique, le bilinguisme existait avant l'annexion des territoires en 1870 et il constituait une pratique acquise. L'expansion de la fédération canadienne fut d'abord perçue négativement par les populations qui y habitaient. Ce sont les autorités britanniques et la résistance des populations qui ont imposé ce contexte de négociations. Les représentants ont réclamé le bilinguisme législatif comme condition d'entrée dans la fédération canadienne et l'*Adresse de 1867* contient cette garantie. Cela est confirmé par la *proclamation de 1869* et la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ne contredit pas cette interprétation. Le contexte démontre aussi que la population des territoires jouissait de droits linguistiques dans les sphères législative et judiciaire et qu'à l'époque, le Canada n'était pas disposé à annexer les territoires en cas de résistance populaire. Les autorités britanniques ont fait pression pour que le Canada négocie les conditions du transfert. Pour les juges dissidents, ce contexte est essentiel pour une interprétation juste de la promesse de protéger les « droits acquis » contenue dans l'*Adresse de 1867* : « Voilà le contexte

68 *Ibid* au para 117.
69 *Ibid* aux para 132-37.

sociopolitique à la lumière duquel il faut examiner les négociations et promesses faites par le gouvernement canadien aux habitants des territoires. Toute interprétation qui n'en tiendrait pas compte serait non seulement erronée, mais également injuste »[70].

- La *proclamation de 1869* ne vise pas seulement la Colonie de la Rivière-Rouge (le district d'Assiniboia) mais l'ensemble des territoires où la population jouissait de droits linguistiques. L'administration bilingue des territoires et du Manitoba de 1870 à 1875 et l'ajout de l'article 110 à *l'Acte des territoires du Nord-Ouest* en 1877 consacrent le bilinguisme existant plutôt qu'il ne confère de nouveaux droits. Le bilinguisme législatif fait partie des « droits acquis » que les autorités ont promis de respecter. Le fait qu'une promesse constitutionnelle soit bafouée pendant plus d'un siècle ne la fait pas disparaître pour autant[71]. On ne peut inférer de la création du Manitoba et de la protection explicite de droits linguistiques que de tels droits n'existaient pas dans le reste du territoire et il n'y a pas de preuve à l'effet que les délégués avaient simplement capitulé et renoncé à leurs conditions pour le reste des territoires. Pour les juges, il est improbable que les Métis aient sollicité une protection constitutionnelle pour une partie seulement des territoires[72].

- Enfin, les juges rappellent l'importance de la constitution laquelle est le résultat de négociations entre les peuples fondateurs. Ces négociations ont donné lieu à des concessions mutuelles de la part des acteurs impliqués et leurs intentions ainsi que leurs points de vue doivent guider l'interprétation par la cour des textes constitutionnels. Il est important de considérer la perspective de la minorité dans ces négociations et il est inconcevable que celle-ci ait consenti à l'annexion sans obtenir la promesse que ses droits linguistiques seraient garantis. La revendication ferme et continue à propos du bilinguisme législatif, l'absence d'opposition du Canada à cette revendication et le fait que l'annexion couvre l'ensemble des territoires justifie une interprétation de l'expression « droits acquis » qui reconnaît l'existence d'une promesse de bilinguisme[73].

---

70 *Ibid* au para 183.
71 *Ibid* au para 205.
72 *Ibid* au para 213.
73 *Ibid* aux para 235-39.

B - Commentaires

1) L'incidence de l'arrêt *Mercure*

Dans l'arrêt *Caron*, la majorité s'inquiète qu'une réponse positive aux arguments des appelants puisse signifier un renversement de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Mercure*. Elle reconnaît que sa décision dans *Mercure* ne permet pas de trancher le litige dans l'affaire *Caron* parce que la cour, à l'époque, n'avait pas envisagé les retombées possibles du *Décret de 1870*. Mais il reste que si les appelants ont raison, le dispositif de l'arrêt *Mercure* est manifestement erroné. Rappelons que la cour avait alors jugé qu'il n'existait pas en droit constitutionnel canadien une obligation au bilinguisme législatif et judiciaire imputable à la Saskatchewan (et par ricochet à l'Alberta). Si une telle obligation existait, c'était en vertu de l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*. Or pour la majorité, la stabilité du droit constitutionnel est importante et elle conduit au rejet des prétentions des appelants. Les juges minoritaires s'appuient au contraire sur cette distinction pour écarter l'arrêt *Mercure*. Puisque l'affaire *Caron* traite de la validité de la *Loi linguistique* de l'Alberta et de ses obligations en matière de bilinguisme en droit constitutionnel canadien, le litige est d'une toute autre nature. L'analyse historique dans *Mercure* est moins développée en particulier en ce qui concerne la nature et l'impact du *Décret de 1870* et des deux *adresses* qui y sont annexées. Aussi, le fait que le juge Laforest ait affirmé dans l'arrêt *Mercure* que le Parlement savait comment enchâsser dans la constitution une disposition conférant des droits linguistiques constitue pour la minorité dans l'affaire *Caron* une déclaration qui ne dément pas l'existence, au plan constitutionnel, d'une promesse de bilinguisme dans les territoires. En bref, si les questions diffèrent dans les deux affaires, c'est la même conclusion qui est recherchée : existe-t-il une obligation constitutionnelle au bilinguisme législatif imputable à l'Alberta (et par ricochet à la Saskatchewan)?

À cet égard, la position des juges majoritaires qui insistent sur l'incidence de l'arrêt *Mercure* nous paraît trop rigide. D'abord, ce sont les lacunes de l'analyse historique faite par le juge Laforest dans l'arrêt *Mercure* qui ressortent ici. Manifestement, l'arrêt *Caron* fait place à une étude contextuelle beaucoup plus approfondie mais en vain puisque la majorité ne veut pas remettre en question les conclusions d'une décision antérieure; alors que la minorité y justifie, quant à elle, sa décision de l'écarter. Selon cette dernière, « Lorsqu'un argument ne fait qu'effleurer une question, on ne saurait nier la possibilité à d'autres parties dans une instance

subséquente d'en faire la question centrale de leur litige. Toute autre conclusion serait injuste »[74].

Il faut aussi rappeler qu'il est possible pour la Cour suprême d'écarter, pour des motifs sérieux, un arrêt antérieur même si cela est rare[75]. Le simple fait que les juges actuels divergent d'opinion avec ceux d'hier est certes insuffisant[76] mais pour des raisons impérieuses, elle pourra écarter ses propres précédents[77]. Dans l'arrêt *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*[78], la cour précise clairement que « les décisions constitutionnelles ne sont pas immuables et ce, même en l'absence d'une modification constitutionnelle »[79]. Dans l'arrêt *Ontario (Proc. Gén.) c. Fraser*[80], le juge Rothstein énonce parmi les motifs justifiant qu'un précédent soit écarté[81] les suivants :

- Des principes fondamentaux touchant aux droits des personnes et des citoyens sont-ils en cause?

- Les valeurs justifiant que l'erreur soit corrigée ou que justice soit rendue l'emportent-elles sur celles justifiant le respect du *stare decisis*?

Ce ne sont pas là des considérations à satisfaire mais plutôt des principes directeurs qui guident la cour dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire[82]. Dans *R. c. Henry*[83], la cour prône la prudence avant d'écarter un précédent si ce revirement a

---

74 *Ibid* au para 135.

75 Voir *R c Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 RCS 609, en particulier l'opinion du juge Binnie aux para 129 et ss et *Ontario (Proc. Gén.) c Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 RCS 3, en particulier l'opinion du juge Rothstein aux para 129-51 [*Fraser*]. Voir aussi *R c Bernard*, [1988] 2 RCS 833, 90 NR 321.

76 *Fraser*, *ibid* au para 129.

77 *Ibid* au para 133. Le juge Rothstein énonce : « Le tribunal appelé à décider s'il convient ou non d'écarter un précédent met en balance deux valeurs importantes : la décision correcte et la certitude. Il doit se demander s'il vaut mieux suivre une décision incorrecte dans l'intérêt de la certitude ou corriger l'erreur. Comme cette pondération suppose l'exercice du pouvoir discrétionnaire, des tribunaux et auteurs ont proposé l'application d'une pléthore de critères ». Dans *R c Chaulk*, [1990] 3 RCS 1303 à la p 1353, 69 ManR (2e) 161 le juge en chef Lamer déclare : « Fondamentalement, la question qui se pose chaque fois appelle une mise en balance : les motifs qui justifient le respect d'un précédent—comme la certitude, la cohérence, la prévisibilité et la légitimité institutionnelle—l'emportent-ils sur la nécessité d'écarter un précédent dont le caractère erroné justifie qu'il ne soit ni confirmé ni perpétué? ».

78 [1988] 2 RCS 680, 54 DLR (4e) 679.

79 *Ibid* à la p 704.

80 *Supra* note 75.

81 *Ibid* aux para 134-37. Les motifs énumérés ne sont pas exhaustifs (voir le paragraphe 139).

82 *Ibid* au para 141.

83 *Supra* note 75.

pour conséquence d'affaiblir une protection offerte par la *Charte canadienne des droits et libertés*[84] puisque cette dernière énonce les principes les plus fondamentaux de notre droit. Aussi, la justesse de son interprétation importera particulièrement[85]. Or, le dualisme et l'égalité des deux langues officielles sont des principes inscrits dans la *Charte canadienne* et des valeurs constitutionnelles. Les droits linguistiques inscrits dans d'autres textes sont aussi des droits touchant aux droits des personnes et des citoyens. Par analogie et dans la mesure où l'utilisation de l'arrêt *Mercure* sert à affaiblir le dualisme et la protection offerte au français et à la minorité francophone, la majorité de la Cour suprême aurait dû, plutôt que d'insister sur la stabilité du droit constitutionnel, accepter sa remise en question sinon l'écarter.

2) Quel compromis?

Les droits linguistiques ne sont pas édictés dans l'abstrait. Contrairement à des droits fondamentaux qui s'appuient sur des principes universels, les droits linguistiques sont des droits créances qui découlent généralement d'un compromis politique[86]. Les tribunaux sont invités lorsqu'ils interprètent des dispositions linguistiques à adopter une approche contextuelle. La relation des faits est donc essentielle pour permettre un examen des questions pouvant découler de l'interprétation de dispositions, dans notre cas des expressions « droits acquis » dans l'*Adresse de 1867* et « droits civils » dans la *proclamation de 1869.* Le tribunal, plutôt que de s'en remettre à des règles d'interprétation mécanistes, doit plutôt considérer l'ensemble des circonstances pertinentes afin d'identifier l'objet de la loi et les principes sous-jacents. Et il est donc possible, par exemple, qu'un droit ou une liberté puisse avoir une différence selon le contexte applicable[87]. Il faut noter d'emblée que dans l'arrêt *Caron*, autant les juges majoritaires que les juges minoritaires s'entendent sur les principes directeurs d'interprétation qui sont applicables. Mais comment expliquer qu'ils en arrivent à des conclusions divergentes?

Pour la majorité, les textes constitutionnels doivent faire l'objet d'une interprétation large et libérale. S'agissant de droits linguistiques, une interprétation téléologique

---

84 *Ibid* au para 44.

85 *Ibid* au para 141.

86 Voir à ce sujet José WOEHRLING, « Les droits linguistiques dans l'usage officiel et la liberté linguistique dans l'usage privé : l'apport à la réflexion de la Cour suprême du Canada » dans Ludovic HENNEBEL et Hélène TIGROUDJA, dir, *Humanisme et droit*, Éditions Pedone, Paris 2013, 447 à la p 462.

87 Voir les propos de la juge Wilson dans *Edmonton Journal c Alberta (Procureure Générale)*, [1989] 2 RCS 1326 à la p 1355, 64 DLR (4e) 577.

s'impose, c'est-à-dire qu'ils sont interprétés de manière compatible avec le maintien et le développement des communautés de langue officielle et à cet égard, la compréhension du contexte est essentielle[88]. Mais du même coup, la cour met en garde dans la mesure où on ne peut au moyen de cette approche créer de nouveaux droits. Aussi ces principes d'interprétation ne sauraient avoir préséance sur un texte constitutionnel écrit[89]. Même si la dualité linguistique et la protection des minorités sont des principes constitutionnels importants, il en va de même en ce qui concerne le fédéralisme et l'autonomie des provinces et les premiers ne sauraient faire échec aux seconds. En l'absence de garanties consacrées, comme les articles 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les provinces sont donc libres de décider de la langue de leur législation. Les juges majoritaires semblent vouloir opposer, plutôt qu'harmoniser, le principe de la protection des minorités à celui du fédéralisme et ils nous paraissent plutôt réservés dans leur évaluation du contexte historique et factuel. L'épisode est perçu comme en étant strictement un de négociations. En acceptant la création de la province du Manitoba et l'annexion du reste des Territoires du Nord-Ouest au Canada, les représentants de la population métis ont effectivement fait des sacrifices concernant les régions éloignées en ce qui concerne le bilinguisme législatif. Celui-ci n'a été garanti que dans le cas du Manitoba et au moyen de l'insertion de l'article 23 dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. C'est là le compromis. L'*Adresse de 1867* ne matérialise pas ce compromis qui est effectivement intervenu en 1870. Si ce compromis a eu pour effet de restreindre la compétence du Manitoba de légiférer sur la langue de sa législation, ce n'est pas le cas pour l'union des territoires à la fédération canadienne (et des provinces qui ultérieurement s'en détachèrent) laquelle s'est effectuée sans garantie de bilinguisme et même si le bilinguisme était largement pratiqué. Dans une négociation, une partie peut réaliser des gains mais elle s'attend aussi à ce que d'autres revendications restent lettre morte[90]. L'article 110 de *l'Acte des Territoires*

---

88 Dans « Interprétation large et libérale et interprétation contextuelle : convergence ou divergence? » (2009) 49 C de D 297-318, Mélanie SAMSON est d'avis que « les éléments contextuels doivent être pris en considération pour déterminer l'objet de la disposition à interpréter et que une fois cet objet établi, le principe de l'interprétation large et libérale commande qu'il y soit donné pleinement effet ». C'est davantage l'objet que le contexte de la disposition qui déterminera alors sa portée large ou étroite.

89 *Caron*, *supra* note 13 aux para 35-38.

90 *Ibid* au para 70 : « Le fait est qu'en acceptant la création de la province du Manitoba ainsi que du Territoire du Nord-Ouest, les représentants et les négociateurs ont effectivement fait des sacrifices en ce qui concerne les régions éloignées. Loin de manquer de plausibilité, cette conclusion reflète l'essence même de toute négociation: faire des compromis pour parvenir à une entente, et, d'autant plus que les représentants avaient formulé ainsi leur revendication: "L'usage des langues anglaise et française sera facultative dans la législature...". Comme nombre d'autres contenues dans les Listes des droits, cette revendication était tributaire de la première demande formulée en tête de la troisième Liste, soit celle sollicitant l'entrée dans la Confédération en tant que province, avec la création d'une assemblée législative provinciale

du Nord-Ouest adopté en 1877 ne vise pas à mettre en œuvre une garantie constitutionnelle qui n'existe pas. Puisque les garanties linguistiques ont toujours été l'objet de dispositions spécifiques, l'expression « droits acquis » dans *l'Adresse de 1867* ne peut être interprétée comme garantissant le bilinguisme législatif. D'ailleurs, la majorité se demande comment cette adresse peut matérialiser un compromis qui surviendra trois ans plus tard. À cet égard, il convient selon nous de répondre que l'*Adresse de 1867* ne matérialise pas un compromis qui surviendra trois ans plus tard mais plutôt que c'est ce compromis (le *Décret de 1870*) qui en intégrera simplement les termes. Quant à la *proclamation de 1869* protégeant les « droits civils », la majorité juge que c'est une simple promesse non exécutoire[91]. Son approche est donc empreinte de réserve et c'est la retenue qui caractérise son intervention : la retenue dans l'appréciation du contexte historique mais aussi la retenue dans l'interprétation des textes.

En effet, la majorité affirme à plusieurs reprises[92] que les droits linguistiques sont des droits conférés de manière spécifique et donc que l'expression « droits acquis » ne peut faire référence à des garanties de cette sorte. Mais l'affirmation n'est pas appuyée par un précédent. Elle découlerait simplement du fait que les garanties linguistiques qui ont fait à l'époque l'objet d'un compromis ont été explicitement énoncées aux articles 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le bilinguisme législatif est perçu différemment des « droits acquis » et il a été traité de façon distincte[93]. Il y a pourtant un précédent judiciaire à cet égard où le raisonnement du tribunal est similaire et une référence aurait pu y être faite. C'est l'affaire *Ottawa Roman Catholic Separate School Trustees c. Mackell*[94]. On sait que l'Ontario adoptait en 1912 le fameux Règlement 17 lequel bannissait le français comme langue d'instruction et de communication dans les écoles de cette province. Les franco-ontariens ont bien pensé que le français et leurs écoles étaient protégés par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et ils ont donc contesté la validité du règlement. Le comité judiciaire du

pour l'ensemble des terres annexes. Il s'ensuit donc que l'accord sur le bilinguisme a été consacré dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ».

91 *Ibid* au para 95-99.

92 *Ibid* aux para 4, 40-44, 97 et 103. Dans ce dernier paragraphe, elle énonce : « Il n'est jamais arrivé dans l'histoire constitutionnelle que le droit au bilinguisme législatif soit constitutionnalisé par le jeu d'une inférence fondée sur l'emploi des termes « droits acquis » ou « droits légaux »…. Le législateur savait comment garantir les droits linguistiques et c'est ce qu'il a fait dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, pas dans l'*Adresse de 1867* ».

93 *Ibid* au para 97.

94 (1917) AC 62 et 32 DLR 1. On pourra consulter sur le sujet Pierre CARIGNAN, *Les garanties confessionnelles à la lumière du renvoi relatif aux écoles séparées de l'Ontario : un cas de primauté d'un droit collectif sur le droit individuel à l'égalité*, 1992, CRDP, Université de Montréal, CREDP, Université d'Ottawa.

Conseil privé leur a répondu en 1917 que seul l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* traite spécifiquement de droits linguistiques[95]. Quant à l'article 93, celui-ci ne protège pas la langue d'instruction mais bien les catégories de personnes unies par une même confession; il ne limite pas la compétence des provinces de faire lois sur les autres aspects de l'instruction dont la langue d'enseignement. Bref, l'article 93 n'offre aucunes garanties de nature linguistique, ces dernières étant énoncées spécifiquement à l'article 133. Mais aujourd'hui, on pourrait comprendre facilement les hésitations des tribunaux canadiens à appuyer leur raisonnement sur l'affaire *Mackell*[96].

Pour la minorité, les mêmes principes d'interprétation prévalent. Une interprétation large et téléologique et qui tienne compte du contexte est de mise mais puisqu'il s'agit de « constitution », ils ajoutent que la volonté d'un peuple doit être aussi considérée puisque par essence elle en est l'expression[97]. C'est la distinction principale qui explique le désaccord avec l'interprétation que la majorité fait quant à elle du contexte historique. En effet, le contexte analysé est celui qui a prévalu au moment de la création de la Confédération ainsi que de l'annexion des territoires qui est intervenue quelques années plus tard. C'est donc une période de revendications et de négociations entre les nouvelles autorités canadiennes et les populations visées. Pour la minorité, il s'agit donc de considérer la volonté des peuples fondateurs et ce n'est donc pas une simple affaire de négociations avec son lot de gagnants et de perdants. Tenir compte uniquement de la perspective du gouvernement canadien tronque l'interprétation des concessions faites au moment des négociations[98]. Selon elle, « l'annexion s'est faite non par conquête, mais par négociation »[99]. À cet égard, il lui apparaît donc inconcevable qu'on ait voulu garantir le bilinguisme législatif et judiciaire aux seuls habitants de la nouvelle et petite province du Manitoba (même si une majorité de francophones y habitaient) et laisser pour compte le reste de la population francophone vivant à l'extérieur dans l'ensemble des territoires. La garantie de protéger les « droits acquis » ou les « droits civils » est certainement incluse dans le contenu visé d'autant plus que la preuve a révélé qu'avant l'annexion, tous les habitants jouissaient de droits

---

95 *Ibid* à la p 8, le tribunal déclare : "In this connection it is worthy of notice that the only section in the BNA Act 1867, which relates to the use of the English and French languages (sec.133) does not relate to education, and is directed to an entirely different subject-matter…"

96 Particulièrement à l'heure où la première ministre de l'Ontario a offert officiellement les excuses du gouvernement à la population franco-ontarienne pour ce sombre épisode (le 22/02/16). Voir le *Journal des débats (Hansard)* de l'Assemblée législative de l'Ontario, première session, 41e législature, le 22 février 2016 et accessible en ligne : <http://www.ontla.on.ca/web/house-proceedings/house_proceedings_home.do?locale=fr>.

97 *Caron*, *supra* note 13 au para 117.

98 *Ibid* au para 236.

99 *Ibid* au para 213.

linguistiques dans les sphères législative et judiciaire[100]. C'est le contexte qu'il faut considérer et qui explique la nature du compromis intervenu[101]. L'expression « droits acquis » renvoie à ce compromis. L'*Adresse de 1867* contient donc une garantie constitutionnelle, compte tenu de son incorporation au *Décret de 1870*, de bilinguisme législatif. Quant à l'expression « droits civils » contenue dans la *proclamation de 1869*, elle réitère cette promesse de bilinguisme. L'ajout de l'article 110 à l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest* en 1877 ne fait que consacrer et la pratique et la garantie de bilinguisme.

L'histoire est la relation d'événements ainsi que l'interprétation qu'on en fait. La diversité caractérise évidemment cette interprétation et il n'est pas rare que les mêmes faits donnent lieu à des interprétations divergentes. Il est donc tout à fait normal que les membres d'un même tribunal puissent diverger d'opinions et apprécier différemment les relations factuelles établies devant eux. Pour la majorité, le récit établit l'existence d'un compromis linguistique concernant le Manitoba et de simples promesses sans suite concernant le reste du territoire. Un compromis perdu! Pour la minorité, c'est au contraire l'histoire de promesses non tenues et de droits constitutionnels bafoués. La différence est de taille parce que s'agissant de droits, une réparation au plan judiciaire aurait été possible. C'est à cet espoir que la majorité met fin.

3) Les langues autochtones et le français

L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* confirme les droits existants ou issus de traités des peuples autochtones du Canada et les Métis forment l'un des trois peuples autochtones du Canada[102]. Le contenu de ces droits n'a pas été identifié tel

---

[100] *Ibid* au para 164 : « Bref, la preuve démontre clairement qu'avant l'annexion, tous les habitants de la Terre de Rupert et du TNO jouissaient de droits linguistiques dans les sphères législative et judiciaire. Ce contexte est essentiel à une interprétation juste de la promesse faite par le Parlement de protéger les « droits acquis » des habitants ».

[101] *Ibid* au para 183 : « Il est clair que le Canada n'est pas disposé à annexer les territoires tant que durera la résistance de la population. Toutefois, il ne peut toutefois se contenter d'attendre que la population renonce à ses revendications. Le gouvernement britannique exerce des pressions importantes sur le Canada pour qu'il négocie des conditions de transfert raisonnables. Voilà le contexte sociopolitique à la lumière duquel il faut examiner les négociations et promesses faites par le gouvernement canadien aux habitants des territoires. Toute interprétation qui n'en tiendrait pas compte serait non seulement erronée, mais également injuste ».

[102] Avec les Indiens et les Inuits. Voir le paragraphe 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord c Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 RCS 670. Récemment dans *Daniels c Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien),* 2016 CSC 12, 395 DLR (4e) 381, la Cour suprême a jugé que le mot « Indiens » visé au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* englobe tous les peuples autochtones, y

quel par le constituant au moment du rapatriement de la constitution mais ce dernier a plutôt laissé aux tribunaux le soin d'y procéder cas par cas[103]. Les droits dont il est question s'entendent des droits territoriaux et aussi des autres droits coutumiers et liés à la culture autochtone comme par exemple les activités liées au mode de vie traditionnel (chasse, pêche, trappage ou certaines activités commerciales)[104]. À ce jour, les tribunaux ne se sont pas prononcés sur l'inclusion des langues autochtones à titre de droits ancestraux[105]. Compte tenu de l'approche applicable dans ce domaine[106], on peut certes avancer que les langues autochtones constituent un élément important de la culture des premiers habitants puisqu'elles sont l'expression sous toutes ses formes du mode de vie d'un peuple et qu'elles en sont aussi l'expression privilégiée de transmission. Le respect de l'article 35 imposerait donc à l'État au moins l'obligation négative de ne pas entraver l'exercice de ce droit à défaut de lui imposer un devoir, positif, cette fois, de les promouvoir. La Cour

compris les Indiens non-inscrits et les Métis et elle a confirmé la compétence législative fédérale à leur endroit.

[103] Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008 aux pp 131-38 et 530-31; Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles, Bruylant, 2003; Brian SLATTERY, « Understanding Aboriginal Rights » (1987) 66 R du B can 727 et « The Constitutional Guarantee of Aboriginal Treaty Rights » (1982-1983) 8:1-2 Queen's LJ 232.

[104] *R c Horseman*, [1990] 1 RCS 901, 73 Alta LR (2e) 193; *R c Badger*, [1996] 1 RCS 771, 133 DLR (4e) 324.

[105] Des auteurs plaident en faveur de cette inclusion. Voir J. RICHSTONE, « La protection juridique des langues autochtones au Canada » dans Paul PUPIER et José WOEHRLING, dir, *Langue et droit*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 258; Brian SLATTERY, « Aboriginal Language Rights » dans D. SCHNEIDERMAN, dir *Langue et État : droit politique et identité*, Actes de la deuxième conférence sur les affaires constitutionnelles, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1991; Fernand De VARENNES, « L'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 et la protection des droits linguistiques des peuples autochtones » (1994) 4 NZCL 265; Naiomi METALLIC, « Les droits linguistiques des peuples autochtones » dans *Les droits linguistiques au Canada*, *supra* note 2, 891. Voir aussi André BRAËN, « Le statut des langues autochtones au Canada : le cas de l'inuit au Nunavut » (2009) 87 R du B can 739-770.

[106] Dans *R c Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507, 137 DLR (4e) 289, la Cour suprême déclare que l'article 35 doit s'interpréter en fonction de trois objets qui sont (a) la préservation des cultures autochtones et la reconnaissance de la présence antérieure des peuples autochtones sur le territoire, (b) la conciliation de cette présence antérieure avec la souveraineté du Canada et (c), la nécessité de réparer les préjudices historiquement subis par les peuples autochtones. Benjamin J. OLIPHANT croit que la discrétion judiciaire dans l'interprétation de la *Charte canadienne* doit être davantage encadrée de sorte à protéger la légitimité de l'intervention des tribunaux dans ce domaine. Dans son article « Taking Purposes Seriously: The Purposive Scope and Textual Bounds of Interpretation Under the Charter of Rights and Freedom », (2015) 65 UTLJ 239-283, l'auteur conclut qu'une interprétation trop axée sur les objets d'une disposition tels que définis par le tribunal peut avoir comme conséquence la réduction du droit que le constituant a pourtant voulu protéger.

suprême a déjà reconnu que les autochtones forment des peuples souverains ou des sociétés uniques[107]. Également et dans le contexte de la protection et de la promotion des deux langues officielles, la Cour suprême a maintes fois insisté sur le rôle essentiel que joue la langue dans la vie de l'individu qui est aussi membre d'une communauté[108]. Ce raisonnement vaut aussi selon nous pour toutes les langues, y inclus les langues autochtones. Une interprétation qui de plus concorde avec le principe de la protection des minorités[109].

La majorité dans l'arrêt *Caron* est d'avis que les droits linguistiques ont toujours fait l'objet de dispositions explicites de la part du constituant. Si cette approche est retenue, il serait donc impossible d'argumenter que l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* protège, même passivement, les langues autochtones. L'expression « droits ancestraux », compte tenu de son caractère général et par analogie avec l'expression « droits légaux » contenue dans l'*Adresse de 1867,* ne pourrait donc être interprétée comme protégeant une langue autochtone contre, par exemple, une interdiction d'utilisation décrétée par les autorités. L'absence de dispositions dans l'article 35 traitant spécifiquement de droits linguistiques serait donc fatale? De même et dans la mesure où le français[110] est une langue qui était historiquement la langue parlée par les Métis[111], pourrait-on affirmer qu'au plan juridique, il est une langue autochtone qui jouit d'une protection constitutionnelle et que son emploi ne pourrait être interdit par une mesure contemporaine?

4) Question de droit ou question politique?

De façon surprenante et dans leur conclusion, les juges de la majorité insistent brièvement sur les conséquences « d'une portée considérable » d'une décision qui statuerait sur le caractère constitutionnel d'une obligation au bilinguisme législatif imputable à l'Alberta[112]. Conclure de la sorte signifierait que cette obligation constitutionnelle serait applicable non seulement à l'Alberta mais aussi aux terres qui, à l'époque, appartenaient à la Compagnie de la Baie d'Hudson et qui ressortent maintenant aux provinces de la Saskatchewan, de l'Ontario, du Québec, et aux territoires du Yukon, du Nunavut et des Territoires du Nord-Ouest. Pour la minorité, une décision contraire n'entraînerait pas le chaos et ses répercussions seraient limitées puisqu'à l'exception de la Saskatchewan (et de l'Alberta ajoutons-

---

[107] *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 RCS 511.
[108] *Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 RCS 721, 19 DLR (4e) 1; *Mahé c Alberta*, [1990] 1 RCS 342, 68 DLR (4e) 69.
[109] *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, 161 DLR (4e) 385 aux para 79-82.
[110] Et l'anglais.
[111] Avec le Métchif.
[112] *Caron*, *supra* note 13 au para 102.

nous), ces provinces et territoires publient déjà leurs lois en français. Selon eux, la cour est saisie fondamentalement d'une question de droit et non d'une question politique pouvant être laissée au bon vouloir des autorités gouvernementales[113].

Cette préoccupation de la part de la majorité est surprenante. Ce qui est en cause ici n'est pas le caractère politique des questions soumises à l'examen de la cour[114] mais plutôt ses répercussions en cas de réponses positives. Le droit n'est pas abstrait et c'est de l'angélisme de croire que les aspects politiques d'une décision ne sont pas considérés par un tribunal, du moins implicitement. Dans le domaine des droits linguistiques, les répercussions éventuelles au plan politique des interventions de la Cour suprême ne l'ont pas empêchée dans le passé de rendre des décisions marquantes et libérales au point où l'on s'est légitimement interrogé sur un certain activisme de sa part[115]. La langue a toujours fait partie de l'histoire politique canadienne et on peut se demander si, implicitement, la majorité ne fait pas ici écho aux inquiétudes du juge Slatter de la Cour d'appel de l'Alberta pour qui les droits linguistiques sont des « droits susceptibles de susciter la controverse et de semer la discorde »[116]. La stabilité et la prévisibilité de l'ordre linguistique au Canada seraient-elles donc de mise pour la majorité qui ne voudrait pas y déroger?

Quant aux juges minoritaires, ils ont raison de rappeler qu'à part la Saskatchewan, les autres territoires procèdent déjà à la publication en français de leur législation. On ignore si une obligation constitutionnelle au bilinguisme législatif est imputable aux territoires fédéraux[117] mais quoiqu'il en soit, la législation du Yukon[118], du Nunavut[119] et des Territoires du Nord-Ouest[120] est adoptée en français et en anglais (et même dans une langue autochtone le cas échéant) et les deux versions font pareillement autorité. Au Québec, l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* impose le bilinguisme dans le processus d'adoption, d'impression et de publication

---

[113] *Ibid* au para 243.

[114] Voir ci-dessus aux pp 104-06 de notre texte. Et même dans un tel cas, un tribunal est justifié d'intervenir quand une question comporte un aspect suffisamment juridique : voir le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, [1991] 2 RCS 525 à la p 545, 83 DLR (4e) 297. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 109 au para 28, la Cour suprême déclare que « Pour ce qui est de la nature « juridique » des questions posées, si la Cour est d'avis qu'une question comporte un élément important à caractère non juridique, elle peut interpréter cette question de manière à ne répondre qu'à ses aspects juridiques ».

[115] André BRAËN, *supra* note 8 aux pp 455-56.

[116] *Supra* note 5.

[117] Voir André BRAËN, « Le régime linguistique des territoires fédéraux au Canada » dans *Rovesciare Babele. Economia ed ecologia delle lingui regionali e minoritarie/Renverser Babel. Économie et écologie des langues régionales et minoritaires,* Rome, Aracne, 2011, 165.

[118] *Loi sur les langues*, LRY, 2002, c 133, art 4.

[119] *Loi sur les langues officielles*, LNun, 2008, c 10, art 5.

[120] *Loi sur les langues officielles*, LRTN-O, 1988, c O-1, art 7.

des lois de l'Assemblée nationale. L'égalité des deux versions découle de ce principe. En Ontario, et même si la province a toujours refusé d'être liée par une obligation constitutionnelle au bilinguisme, la *Loi sur les services en français*[121] prévoit la traduction en français de la législation à « caractère public et général » ainsi que son adoption par l'Assemblée législative; la réglementation « appropriée » est aussi traduite. En Alberta et en Saskatchewan, on a vu que la législation permet un emploi discrétionnaire du français dans le domaine législatif[122]. Il faut noter que l'obligation constitutionnelle au bilinguisme législatif va plus loin que la simple impression et publication de la législation dans les deux langues et se répercute sur le processus de son adoption, de l'égalité des versions française et anglaise ainsi que de l'inclusion de la réglementation gouvernementale et elle est associée au bilinguisme parlementaire[123]. En fait, on ne saurait nier le caractère éminemment symbolique qui se rattache à l'adoption de la législation au sein de l'État. Comme on ne saurait nier l'opposition catégorique de certaines provinces canadiennes à être liées par une obligation constitutionnelle de la sorte. Il est navrant que des perspectives politiques aient ainsi freiné la cour dans son évaluation objective du dossier et elles expliquent peut-être en partie sa réserve ou sa retenue.

CONCLUSION

La décision de la majorité dans l'arrêt *Caron* est empreinte de retenue. C'est sa caractéristique principale. D'abord, l'appréciation qu'elle fait de l'histoire constitutionnelle assimile la naissance de la Confédération canadienne et ses premiers pas à une simple joute de négociations politiques avec des gagnants et des perdants et dans laquelle la protection des minorités a peu à voir. L'histoire du Canada qui est ici racontée par la majorité nous apprend que c'est la francophonie qui en a fait les frais. Un compromis linguistique existe bel et bien mais il se limite au Manitoba. Quant au reste des territoires du Nord-Ouest, il y eut tout au plus des promesses mais aucune garantie constitutionnelle et donc, le compromis linguistique s'entend ici de l'absence …de compromis! Puis, la retenue s'exprime également dans l'interprétation restrictive qu'elle donne par la suite aux valeurs et aux termes constitutionnels eux-mêmes.

---

[121] LRO 1990, c F.32, art 4.

[122] Voir ci-dessus aux pp 101-02 de notre texte.

[123] Voir DOUCET, « Le bilinguisme législatif », *supra* note 16 et André BRAËN, « L'obligation constitutionnelle au bilinguisme législatif » dans Ernest CAPARROS, dir *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, 807.

Cette approche s'inscrit tout à fait dans la logique du compromis linguistique qui commande cette réserve judiciaire dans l'interprétation des textes. Mais il y a plus puisque dans l'arrêt *Caron*, on constate que la retenue s'est d'abord manifestée dans l'appréciation contextuelle et dans les conclusions que la majorité en a tirées. Il reste que cet arrêt vient confirmer l'approche restrictive adoptée antérieurement par la Cour suprême du Canada et qui semble maintenant devenir sa marque de commerce dans les dossiers linguistiques, mis à part peut-être en matière scolaire. L'arrêt *Caron* refuse la réparation judiciaire et renvoie les communautés de langues officielles dans l'arène politique là où, selon la majorité, doit se réaliser la progression des droits linguistiques. À ce jeu exclusif, c'est la francophonie canadienne qui risque de perdre compte tenu de son poids minoritaire et de l'hostilité que soulève bien souvent dans l'opinion publique la question linguistique.

À cette lecture, la minorité dans l'arrêt *Caron* oppose, en termes vigoureux et qui ne laissent aucun doute quant à la division existant au sein du tribunal, une conclusion inverse fondée sur l'importance de la volonté des peuples fondateurs. L'insistance sur l'enjeu du bilinguisme qui est à la base de l'union des territoires au Canada, à « sa constitution », ne s'est jamais démentie. Ici, il y eut bel et bien un compromis mais qui, selon les juges minoritaires, fut bafoué et c'est pourquoi une réparation judiciaire devrait émaner du tribunal. L'arrêt *Caron*, comme plusieurs décisions antérieures, n'a pas donné lieu à une opinion unanime de la part des membres de la cour et la solution préconisée est vivement contestée par une minorité. L'approche qui doit prévaloir dans l'interprétation des droits linguistiques constituerait-elle une question qui ne serait donc pas résolue de manière définitive? Il y aurait lieu à espérer. Quoiqu'il en soit et après Louis Riel, c'est le statut du français que l'on a pendu dans l'Ouest canadien.

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.

Blogue sur les droits linguistiques

(2016) 3 RDL 122

Un rendez-vous raté avec l'histoire

Michel Doucet[1]
Professeur titulaire et directeur de l'Observatoire international
des droits linguistiques

Introduction

Au cœur de l'arrêt *Caron c. Alberta*[2] se trouve une question importante touchant aux droits linguistiques de la minorité francophone de l'Alberta. Caron et Boutet ont été accusés, dans des procédures distinctes, d'infractions routières prévues dans la *Traffic Safety Act*[3] et le *Use of Highway and Rules of the Road Regulation*[4], deux mesures législatives albertaines édictées en anglais seulement. Ils prétendent que la loi et le règlement sont inconstitutionnels parce qu'ils n'ont pas été édictés en français. Ils font aussi valoir que la *Loi linguistique*[5] de l'Alberta est inopérante dans la mesure où elle abroge ce qui constitue une obligation constitutionnelle incombant à la province. La contestation de Caron et Boutet a été acceptée en première instance par la Cour provinciale[6], mais rejetée par la Cour d'appel des poursuites sommaires[7] et par la Cour d'appel de l'Alberta[8]. La question que devait trancher la Cour suprême du Canada était de savoir si la « *Loi linguistique* […] est *ultra vires* ou sans effet dans la mesure où elle abroge une obligation constitutionnelle de l'Alberta d'édicter, d'imprimer et de publier ses lois et ses règlements en français et en anglais »[9].

La réponse à cette question se trouve dans l'histoire de la Terre de Rupert et des Territoires du Nord-Ouest. Avant leur annexion, ces vastes territoires de l'ouest et

---

1 L'auteur était l'avocat de l'Association canadienne-française de l'Alberta, l'une des intervenante dans ce dossier.
2 *Caron c Alberta*, 2015 CSC 56, [2015] ACS nº 56 (QL) [*Caron*].
3 *Traffic Safety Act*, RSA 2000, c T-6.
4 *Use of Highway and Rules of the Road Regulation*, Alta Reg 304/2002.
5 *Loi linguistique* RSA 2000, c L-6 [*Loi linguistique*].
6 2008 ABPC 232, 95 Alta LR (4th) 307.
7 2009 ABQB 745, 23 Alta LR (5th) 321.
8 2014 ABCA 71, 92 Alta LR (5th) 306.
9 *Caron*, *supra* note 2 au para 9.

du nord canadien étaient administrés par la Compagnie de la Baie d'Hudson, une compagnie à charte royale, qui avait obtenu le monopole pour la traite de la fourrure dans cette région. Ces territoires seront annexés au Canada en 1870, à la suite de négociations entre des représentants canadiens et de la population de ces territoires. Le résultat de ces négociations sera la création et l'admission du Manitoba à titre de nouvelle province[10] et le reste des territoires, appelés Territoires du Nord-Ouest et Terre de Rupert[11], a été annexé comme un territoire administré par le gouvernement fédéral[12]. Une partie de ces territoires formera, en 1905, les provinces de l'Alberta et de la Saskatchewan.

Bref survol historique

En décembre 1867, le Parlement du Canada présente une adresse à la Reine demandant au Parlement impérial d'« unir la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest à la Puissance du Canada » et d'accorder au Canada le pouvoir de légiférer à l'égard de ces territoires[13]. Dans l'*Adresse de 1867*, le Canada promet que, dans l'éventualité d'un transfert, ses organes « seront prêts à pourvoir à ce que les droits acquis de toute Corporation, Compagnie ou Individu de ces régions soient respectés ».

Cette demande du Canada sera refusée. Au lieu, la Reine encourage le Canada à entamer des négociations avec les deux territoires afin de parvenir à des conditions d'admission favorables. En 1869, à la suite d'une entente avec la Compagnie de la Baie d'Hudson, le Parlement canadien adopte une seconde adresse, dans laquelle il demande à la Reine la permission d'annexer la Terre de Rupert aux conditions approuvées par la Compagnie et de prévoir l'entrée de ce territoire dans le Canada[14]. Dans *l'Adresse de 1869*, le Parlement autorise le gouverneur en conseil « à régler tous les détails qui seront nécessaires pour la mise à exécution de la convention ci-dessus ».

---

10 *Loi de 1870 sur le Manitoba*, SC 1870, c 3 (renommé *Loi constitutionnelle de 1871* dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, art 43 [*Loi de 1870 sur le Manitoba*]. La *Loi de 1870 sur le Manitoba* est maintenant inscrite dans la Constitution du Canada en vertu de l'alinéa 52(2)*b)* de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

11 Ces territoires correspondent aux provinces de l'Alberta et de la Saskatchewan, ainsi qu'aux territoires du Nunavut, du Yukon et des Territoires du Nord-Ouest et des parties des provinces de l'Ontario et du Québec.

12 *Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest (1870) (R-U)* (reproduit dans LRC 1985, app II, no 9), cédules A, B [*Décret de 1870*].

13 *Décret de 1870*, annexe B [l'*Adresse de 1867*].

14 *Décret de 1870*, annexe B [l'*Adresse de 1869*].

La population de ces territoires reçoit mal ce projet d'annexion. En novembre 1869, un groupe d'habitants interdit l'entrée sur le territoire au lieutenant-gouverneur proposé par le Canada. Peu après, un groupe de Métis, dont fait partie Louis Riel, prend Upper Fort Garry dans la Colonie de la Rivière-Rouge. Riel convoque des représentants des paroisses anglophones et francophones des territoires. Ces représentants forment un gouvernement provisoire. Au cours des mois qui suivent, les représentants énoncent certaines revendications auxquelles le Canada doit accéder pour faire accepter sa prise de contrôle. Ces demandes sont exprimées sous forme de « Listes des droits ». Une première liste est produite en décembre 1869, une deuxième en février 1870 et une troisième en mars 1870. Au nombre des exigences énumérées figure celle-ci : « [l]'usage des langues anglaise et française sera facultatif dans la législature et les cours de justice, et tous les documents publics et les actes de la législature seront publiés dans les deux langues »[15]. Cette revendication reflète l'usage qui a cours à l'époque d'adopter la législation dans les deux langues officielles dans les territoires.

Le Canada assimile les activités des résidants des territoires à des actes de rébellion. Afin d'apaiser les tensions, le 6 décembre 1869, le gouverneur général signe la *Proclamation royale de 1869* qui fait état « du chagrin et du déplaisir avec lesquels la Reine regarde les actes déraisonnables et illégaux qui ont eu lieu ». Aux termes de la Proclamation, les résidants sont assurés que : « […] sous l'union avec le Canada, tous vos droits et privilèges civils et religieux seront respectés, vos propriétés vous seront garanties, et que votre pays sera gouverné, comme par le passé, d'après les lois anglaises et dans l'esprit de la justice britannique ».

Par la suite, le Canada invite une délégation des territoires à venir à Ottawa pour entamer les négociations au sujet de l'annexion. Les parties conviennent alors qu'une petite partie des territoires - la nouvelle province du Manitoba - entrera dans le Dominion à titre de province, tandis que le reste des territoires sera annexé au Canada à titre de nouveau territoire et relèvera du Parlement. Comme convenu, le Parlement adopte, en mai 1870, la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, laquelle a pour effet de créer la province du Manitoba à partir d'une parcelle de ces territoires. En juin 1870, le gouvernement impérial de Londres prend le *Décret de 1870*, qui ordonne l'admission de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest dans le Canada à titre de territoire aux termes et conditions énoncés dans les *Adresses* de 1867 et de 1869. Ces *Adresses* sont annexées au *Décret de 1870*, lequel sera inscrit, avec ses annexes, à l'annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

---

[15] *Caron*, *supra* note 2 au para 21.

C’est dans ce contexte historique que la Cour suprême du Canada doit répondre à la question qui lui est posée. Dans une décision partagée (six contre trois), elle rejettera les prétentions de Caron et Boutet et mettra ainsi fin à l’espoir de faire renaître, dans l’Ouest canadien, à l’exclusion du Manitoba, un embryon de bilinguisme.

L’opinion majoritaire

L’opinion majoritaire de la Cour suprême du Canada est rendue par les juges Cromwell et Karakatsanis. La majorité conclut que la thèse soutenue par Caron et Boutet doit être rejetée, car elle ne respecte ni le texte, ni le contexte, ni l’objet des documents qu’ils invoquent[16].

Les juges majoritaires reconnaissent, d’entrée de jeu, que la dualité linguistique et les droits linguistiques sont profondément enracinés dans notre histoire et qu’ils reflètent les principes fondamentaux que sont le constitutionnalisme et la protection des minorités. Toutefois, ils ajoutent qu’ils doivent également garder à l’esprit que le principe fondamental du fédéralisme exige qu’ils tiennent compte de l’autonomie dont les gouvernements provinciaux disposent pour assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence[17]. Selon eux :

> [N]ous ne pouvons permettre que la poursuite des droits linguistiques empiète sur une matière de compétence clairement provinciale, comme nous le demandent les appelants. Il nous est également impossible de résoudre la tension générée par l’interaction de principes constitutionnels fondamentaux, comme nous le demandent les appelants, à l’aide de grandes généralités qui ne soulèvent point la controverse ou en attribuant à des phrases vagues un sens improbable. Il nous faut plutôt examiner le texte, le contexte et l’objet de notre Constitution pour déterminer si une limite de nature constitutionnelle restreint le pouvoir de l’Alberta de décider la langue ou les langues dans lesquelles elle édicte ses lois[18].

Les juges majoritaires poursuivent en reconnaissant qu’il faut donner une interprétation large et libérale aux documents constitutionnels et ajoute, en se référant à la décision de principe *R. c. Beaulac*[19], que les droits linguistiques

---

16 *Ibid* au para 4.
17 *Ibid* au para 5.
18 *Ibid* au para 6.
19 *R c Beaulac*, [1999] 1 RCS 768, 173 DLR (4e) 193.

doivent recevoir une interprétation téléologique qui apporte une solution de droit de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada. Faisant ensuite référence au *Renvoi relatif à la sécession du Québec*[20], les juges majoritaires indiquent qu'un tribunal doit toujours se rappeler que, même à l'époque de la Confédération, la protection des droits des minorités était considérée comme un facteur essentiel dans l'élaboration de notre structure constitutionnelle[21]. Or, ceci étant dit, ils rappellent également que ces principes ne peuvent avoir préséance sur le texte écrit de la Constitution et que la Constitution ne peut être considérée comme « un simple contenant, à même de recevoir n'importe quelle interprétation qu'on pourrait vouloir lui donner »[22]. Les juges majoritaires envoie ainsi un message on ne peut plus clair : si les tribunaux doivent donner une interprétation généreuse aux droits linguistiques constitutionnels; ils ne doivent pas en créer de nouveaux[23].

Dans la même lignée, ils précisent que dans l'histoire constitutionnelle canadienne, les droits linguistiques ont toujours été conférés de manière expresse. Ils donnent comme exemple les articles 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*[24] et l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* qui traitent expressément de ces droits. Ils ajoutent que l'absence totale d'un libellé semblable dans le *Décret de 1870*, adopté à la même époque, affaiblit sérieusement l'argument des appelants selon lequel les expressions « droits acquis » ou « droits légaux » qui figurent dans l'*Adresse de 1867* devraient être interprétées de façon à englober les droits linguistiques[25]. Si le législateur avait voulu conférer des droits linguistiques, il l'aurait fait de façon explicite, et non en les incorporant par un renvoi implicite à des termes génériques comme « droits acquis » ou « droit légaux »[26].

Les juges majoritaires ajoutent que les prétentions des appelants ne sont pas seulement contredites par les documents, mais également par le contexte entourant leur création. Ils précisent que les documents montrent clairement que les représentants des territoires n'ont jamais cru que la promesse qui a été donnée au sujet du respect des « droits acquis » ou « droits légaux » incluait les droits linguistiques[27]. Ils ajoutent que les débats parlementaires montrent bien que la promesse relative au respect des « droits acquis », qui figure dans l'*Adresse de 1867*, ne renvoie pas aux droits linguistiques, mais bien aux droits de propriété et

---

20 *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, 161 DLR (4e) 385.
21 *Caron*, *supra* note 2 au para 35.
22 *Ibid* au para 36.
23 *Ibid* au para 38.
24 *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict, c 3 [*Loi constitutionnelle de 1867*].
25 *Caron*, *supra* note 2 au para 40.
26 *Ibid* au para 41.
27 *Ibid* aux para 51-52.

à d'autres droits qui en découlent (comme le droit de traite exclusif accordé à la Compagnie en vertu de la charte royale)[28].

Les juges majoritaires reconnaissent que les représentants des territoires ont bel et bien tenté de faire constitutionnaliser les droits linguistiques lors de leurs négociations avec Ottawa. Or, comme il n'y a aucune mention expresse du bilinguisme législatif dans le *Décret de 1870*, cela tend à indiquer que le bilinguisme législatif, s'il a été négocié avec succès dans le cas de la nouvelle province du Manitoba, n'était pas prévu dans le cas de la Terre de Rupert et des Territoires du Nord-Ouest[29]. L'objet du *Décret de 1870*, selon les juges majoritaires, consistait donc à effectuer le transfert de la Terre de Rupert et des Territoires du Nord-Ouest au Canada. Dans la mesure où un compromis historique est intervenu pour consacrer le bilinguisme législatif dans le cadre de l'annexion de ces territoires, ce compromis s'est cristallisé dans l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et nulle part ailleurs[30].

En ce qui concerne l'argument des appelants voulant que l'administration combinée et bilingue des Territoires du Nord-Ouest par la nouvelle province du Manitoba, à compter de 1870, constitue une preuve que le bilinguisme législatif a bel et bien été consacré dans l'ensemble des territoires annexés, les juges majoritaires répondent qu'ils font fausse route. Ils notent que cette administration combinée prit fin en 1875 avec l'adoption de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*[31]. Cette loi, qui crée des institutions gouvernementales permanentes pour les Territoires du Nord-Ouest, ne contient aucune garantie concernant le bilinguisme législatif. Or, deux ans plus tard, une disposition visant à établir le bilinguisme dans les Territoires du Nord-Ouest sera présentée et adoptée[32]. Les juges majoritaires tiennent cependant à préciser que cette modification ne doit pas mener à la conclusion que la Chambre des communes l'avait adopté parce qu'elle était motivée par un sentiment d'obligation constitutionnelle[33].

Les juges majoritaires rappellent que la Cour suprême du Canada avait déjà eu à se prononcer sur une question similaire à la présente affaire dans l'arrêt *Mercure*[34]. Bien qu'ils conviennent que la Cour n'ait pas été appelée dans

---

28 *Ibid* aux para 53-56.
29 *Ibid* au para 60.
30 *Ibid* au para 70.
31 *Acte des Territoires du Nord-Ouest*, 1875, SC 1875, c 49.
32 *Acte des Territoires du Nord-Ouest*, 1877, SC 1877, c 7, art 11.
33 *Caron*, *supra* note 2 au para 89.
34 *R c Mercure*, [1988] 1 RCS 234, 48 DLR (4e) 1. Dans l'arrêt *Mercure*, le juge La Forest avait conclu que même si l'article 110 de *l'Acte des Territoires du Nord-Ouest*, SRC 1886, c 50, (abrogé et remplacé par 1891, c 22, art 18), dont le contenu était similaire à l'article 133 de la

cette affaire à interpréter le *Décret de 1870*, ils ajoutent que s'ils donnent raison aux appelants, alors il faudra en tirer la conclusion que le dispositif de l'arrêt *Mercure* est manifestement erroné : « La stabilité de notre droit constitutionnel milite contre une acceptation précipitée d'un tel argument »[35].

Quant à l'argument des appelants voulant que la *Proclamation royale de 1869* consacre le bilinguisme législatif puisqu'elle donnait l'assurance aux résidants que « sous l'union avec le Canada, tous vos droits et privilèges civils et religieux seront respectés », les juges majoritaires précisent que lorsque celle-ci est interprétée à la lumière de son contexte et de son objet, les mots « droits et privilèges civils et religieux » n'évoquent pas une promesse solennelle de garantir le bilinguisme législatif[36].

Ainsi, en l'absence d'une garantie consacrée comme c'est le cas pour le Manitoba[37], le Québec[38] et le Nouveau-Brunswick[39], les juges majoritaires conclurent que les provinces ont le pouvoir de décider de la langue ou des langues qu'elles utiliseront pour légiférer. Une province peut donc choisir d'édicter ses lois et règlements en français et en anglais. Elle peut également décider de le faire dans une seule langue. Puisque le libellé de l'*Adresse de 1867* n'étaye pas la thèse de l'existence d'une garantie constitutionnelle de bilinguisme législatif, l'Alberta était donc libre de choisir une seule langue pour ses lois.

Les juges majoritaires abordent également ce que nous pouvons qualifier de considérations d'ordre pratique. Ainsi, ils conclurent que les arguments de Caron et de Boutet, s'ils étaient retenus, pourraient avoir des conséquences « d'une portée considérable ». Ils obligeraient, entre autres, la Cour à conclure que le bilinguisme législatif a été constitutionnalisé non seulement en Alberta, mais également dans toutes les terres qui appartenaient auparavant à la Compagnie de Baie d'Hudson, soit la province de la Saskatchewan, une partie des provinces de l'Ontario et du Québec, au Yukon, au Nunavut et aux Territoires du Nord-Ouest. La suite logique de ce raisonnement, selon les juges majoritaires, conduirait

---

Loi constitutionnel de 1867, avait été maintenu en vigueur après la création de la province de la Saskatchewan, cette disposition n'avait pas été constitutionnalisée et pouvait donc être modifiée ou abrogée par une loi. Peu de temps après l'arrêt *Mercure*, les législatures de l'Alberta et de la Saskatchewan adoptèrent des dispositions permettant de déroger à l'article 110. C'est ainsi que l'Alberta adopta la *Loi linguistique*, *supra* note 5.

35 *Caron*, *supra* note 2 au para 82.

36 *Ibid* au para 95.

37 *Loi de 1870 sur le Manitoba*, supra note 10, art 23.

38 *Loi constitutionnelle de 1867, supra* note 24, art 133.

39 *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11, para 18(2).

inévitablement à la conclusion que plusieurs autres revendications ont été constitutionnalisées, dont celle exigeant la nomination de juges bilingues[40].

L'opinion dissidente

Les juges dissidents, Wagner, Côté et Abella, répondent par l'affirmative à la question posée dans l'appel. Ils précisent qu'il faut appliquer à l'*Adresse de 1867*, lequel est un document constitutionnel, les principes d'interprétation constitutionnelle pour déterminer la signification du terme « droits acquis » et qu'interprété correctement, le compromis constitutionnel à la source de cette promesse vise effectivement le bilinguisme législatif[41].

Les juges dissidents écartent l'arrêt *Mercure* dont la pertinence pour interpréter les documents en cause dans l'arrêt *Caron* est, à leur avis, assez limitée. Ils précisent que la question en litige dans ces deux affaires diffère de manière significative. Dans *Caron*, la question est de savoir si la *Loi linguistique*, adoptée après la décision dans l'arrêt *Mercure*, est invalide en raison d'une obligation constitutionnelle qui incomberait à l'Alberta en vertu, entre autres, du *Décret de 1870*[42], une question qui n'a pas été abordée dans *Mercure*.

Les juges rappellent que la teneur des promesses contenues dans l'*Adresse de 1867* ne peut être interprétée sans tenir compte du contexte dans lequel elles ont été faites. Ils ajoutent que la preuve historique révèle que les droits linguistiques revêtaient une importance primordiale pour la population des territoires et qu'elle avait revendiqué et obtenu la promesse que ces droits seraient respectés. Cette conclusion est, selon les juges dissidents, fondée sur les prémisses suivantes. Premièrement, le bilinguisme était incontestablement bien établi partout dans la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest durant la période précédant l'annexion et celle qui l'a immédiatement suivie[43]. Deuxièmement, le bilinguisme législatif a toujours fait partie des revendications lors des négociations, et les délégués canadiens, impatients d'en arriver à un compromis avec les représentants de la population le savaient et ne s'y sont pas opposés. Troisièmement, il était nécessaire de négocier avec les représentants de ces territoires si l'on voulait procéder à l'annexion. Quatrièmement, les gouvernements canadien et britannique ont fait un certain nombre de promesses qui assuraient à la population des territoires la préservation du bilinguisme. Cinquièmement, les gouvernements ont tenu ces promesses et ont agi en conséquence dans les années qui ont

---

40 *Ibid* au para 102.
41 *Ibid* au para 129.
42 *Ibid* au para 133.
43 *Ibid* aux para 142-64.

immédiatement suivi le compromis de 1870. Sixièmement, ces pratiques linguistiques, de même que les revendications et les promesses visant leur protection, s'étendaient à l'ensemble des territoires et n'étaient pas restreintes à ce qui allait devenir la nouvelle province du Manitoba[44].

La preuve établit clairement que lorsque les habitants des territoires ont eu vent de l'intention du Canada de joindre unilatéralement leurs terres au Dominion, ils ont manifesté leur mécontentement et ont indiqué les conditions auxquelles ils seraient disposés à consentir afin de procéder à l'annexion. L'une de ces conditions était la garantie de bilinguisme législatif[45]. Le Canada, pour sa part, n'était pas prêt à procéder à l'annexion des territoires à moins que la prise de possession ne soit pacifique. Ce contexte sociopolitique particulier a eu un impact important sur les négociations et sur les engagements pris envers la population concernée. Durant toutes les négociations, les gouvernements canadien et britannique formulent une série de promesses, lesquels constituent, selon les juges dissidents, le fondement de l'obligation constitutionnelle de l'Alberta d'édicter, d'imprimer et de publier ses lois et règlements en français[46].

La première promesse se trouve dans la *Proclamation royale de 1869*, où le gouvernement britannique garantit, entre autres, à la population des Territoires du Nord-Ouest que tous ses « droits et privilèges civils et religieux seront respectés » à la suite de l'annexion. À la lecture de ce texte, il est clair, selon les juges dissidents, que la promesse s'étend à l'ensemble de la population des Territoires et non seulement à ceux de la Colonie de la Rivière-Rouge. De plus, les délégués du gouvernement canadien, lors des rencontres avec les représentants de la population, confirment que les droits et privilèges dont elle jouit seront respectés[47]. Des promesses sont également formulées aux représentants de la population lors des négociations à Ottawa. D'ailleurs, lors de ces négociations, la revendication concernant le bilinguisme législatif n'est pas litigieuse, et rien n'indique qu'elle n'a pas été acceptée[48]. Les juges dissidents en tirent donc la conclusion que la population avait compris que le bilinguisme législatif faisait partie des promesses faites au regard de la création des Territoires du Nord-Ouest[49].

---

44 *Ibid* au para 141.
45 *Ibid* aux para 166-78.
46 *Ibid* au para 184.
47 *Ibid* au para 189.
48 *Ibid* au para 191.
49 *Ibid* au para 195.

Après leur admission dans le Dominion, les Territoires du Nord-Ouest et le Manitoba sont administrés en grande partie par les mêmes hauts fonctionnaires, ce qui est bien adapté à la réalité démographique. Durant cette période, le bilinguisme continue à être appliqué dans les sphères législative, judiciaire et sociale dans l'ensemble des territoires[50]. C'est donc sous le signe de la continuité que se fait la transition[51].

Les juges dissidents font ensuite référence à l'article 11 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest 1877*[52], lequel consacre le bilinguisme législatif existant. Ils manifestent leur désaccord avec la conclusion des juges majoritaires voulant que l'article 110 de *l'Acte des Territoires du Nord-Ouest 1886* soit venu modifier l'article 11. Selon les juges dissidents, cette modification, telle que comprise par les juges majoritaires, ne reflète pas le compromis intervenu en 1870[53].

Les juges dissidents rejettent également l'argument voulant que les négociations au sujet du bilinguisme législatif aient abouti seulement à la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Cette conclusion, de la part des juges majoritaires, repose essentiellement sur l'absence de renvoi exprès au bilinguisme législatif dans le *Décret de 1870*. Les juges dissidents considèrent que cet argument n'est d'aucune utilité. Premièrement, ils notent qu'il est difficile de comparer ces deux instruments puisqu'ils ne proviennent pas des mêmes organes législatifs. En effet, la *Loi de 1870 sur le Manitoba* fut adoptée par le Parlement canadien, et le *Décret de 1870*, par le gouvernement impérial à Londres. Deuxièmement, le *Décret de 1870* contient une promesse explicite quant au respect des « droits acquis » de la population, énoncée dans l'*Adresse de 1867*, laquelle portait sur la protection du bilinguisme législatif. Troisièmement, la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ne visait pas uniquement les questions touchant la nouvelle province, mais abordait également des questions touchant l'ensemble du territoire. Ils tirent donc la conclusion qu'une interprétation des garanties relatives au bilinguisme législatif prévues dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba* est que ces garanties s'étendaient également aux territoires nouvellement créés[54].

Pour les juges dissidents, il est essentiel de comprendre pleinement le contexte dans lequel l'*Adresse de 1867* a été prononcée afin d'interpréter son texte d'une manière téléologique et exacte sur le plan historique. Selon eux, l'objet du *Décret de 1870* consistait à établir la souveraineté du Canada sur les territoires, aux

---

50 *Ibid* au para 197.
51 *Ibid* au para 202.
52 *Acte des Territoires du Nord-Ouest*, 1877, *supra* note 32.
53 *Caron*, *supra* note 2 au para 205.
54 *Ibid* au para 214.

termes et aux conditions énoncés dans les adresses. La population de ces territoires est ainsi entrée dans le giron constitutionnel canadien, après de longues négociations qui se sont soldées par une entente entre ses représentants et le gouvernement du Canada[55]. Interprétée de façon conforme aux principes d'interprétation des textes constitutionnels, les juges dissidents concluent que l'*Adresse de 1867* contient une promesse de bilinguisme législatif applicable sur l'ensemble des territoires annexés en 1870. Au cours des négociations, la population avait demandé que ce droit soit garanti et cette demande n'a fait l'objet d'aucune résistance de la part des autorités canadiennes. En outre, des documents comme la *Proclamation royale de 1869* permettent de conclure que la population s'était vue garantir le bilinguisme législatif au moment de l'annexion. La population avait donc toutes les raisons de croire qu'elle avait obtenu le droit au bilinguisme législatif comme condition préalable à l'entrée dans l'union[56].

En réponse aux préoccupations pratiques de la majorité voulant qu'une réponse positive aux demandes de Caron et Boutet ait des conséquences « d'une portée considérable », les juges dissidents répondent que les répercussions pratiques seraient plutôt limitées puisque les territoires touchés, à l'exception de la Saskatchewan et de l'Alberta, adoptent déjà leurs lois en français et en anglais. Enfin, ils signalent que la question dont ils sont saisis est fondamentalement « une question de droit, et non une question politique qui peut être laissée au bon vouloir du gouvernement »[57].

Conclusion

L'arrêt *Caron* peut être qualifié de dernière planche dans le naufrage; cette dernière planche sur laquelle le naufragé s'agrippe dans l'espoir qu'elle lui sauvera la vie. Dans l'arrêt *Caron*, cette dernière planche aurait permis de corriger un tort historique immense causé à la communauté francophone de l'Ouest canadien. En lisant l'historique entourant l'annexion de ces territoires au Dominion canadien et l'interprétation que les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada ont donnée aux promesses faites et aux engagements pris envers les habitants de ces territoires, on ne peut que conclure à un rendez-vous historique raté. La décision ne peut que nous laisser avec un goût amer; une impression que les habitants de ces territoires ont été trompé par des négociateurs fédéraux plus aguerries et moins enclins à vouloir protéger leurs droits.

---

55 *Ibid* au para 218.
56 *Ibid* au para 219.
57 *Ibid* au para 243.

Plusieurs seraient portés à marginaliser l'importance que le bilinguisme législatif peut avoir sur le développement et l'épanouissement d'une communauté linguistique minoritaire et à voir comme sans conséquence la décision dans *Caron*. Sans prétendre que le bilinguisme législatif soit plus important que le droit à l'instruction dans la langue de la minorité, il n'en demeure pas moins qu'il joue un rôle important dans la valorisation de la langue et de la culture de la minorité, dans l'affirmation de son identité et qu'il sert également à appuyer ses revendications. L'absence de la langue minoritaire dans cette sphère publique a pour effet d'envoyer aux locuteurs de cette langue un message négatif quant à leur statut.

Les dispositions constitutionnelles et législatives qui traitent du bilinguisme législatif et parlementaire ont une importance non seulement symbolique, mais également politique. Elles permettent de relever le statut de la langue minoritaire dans la sphère politique en la plaçant sur un pied d'égalité avec la langue de la majorité. Elles donnent également au groupe minoritaire une certaine légitimité sur le plan politique. Malheureusement, les communautés francophones de l'Alberta et de la Saskatchewan devront accepter que cette reconnaissance n'existe pas pour eux.

Un autre aspect inquiétant de l'arrêt *Caron* est le message que la Cour suprême du Canada semble nous envoyer au sujet de l'interprétation des droits linguistiques. La Cour semble adopter une approche plus restrictive en ce qui concerne l'interprétation des droits linguistiques; nous ramenant, en quelque sorte, à l'approche interprétative restreinte qui avait cour avant l'arrêt *Beaulac*. Osons espérer que cette décision n'est qu'un écart de parcours et qu'elle reflète plutôt les circonstances particulières de l'affaire et non une nouvelle tendance dans l'interprétation des droits linguistiques.

Blogue sur les droits linguistiques

(2016) 3 RDL 134

Et si les rapports de la Commissaire aux langues officielles du Nouveau-Brunswick avaient la force d'un jugement

Philippe Morin
Agent de projet, Observatoire international des droits linguistiques

Dans un système de droit, on peut accorder plus ou moins de pouvoirs à une loi, une cour ou encore à un commissaire. Il est bien connu que les lois constitutionnelles ont plus de poids que les lois du Parlement ou d'une Assemblée législative. Les lois constitutionnelles ont un plus grand poids parce le système de droit est construit suivant un modèle hiérarchique et leur accorde ce poids. La *Loi sur les langues officielles* du Nouveau-Brunswick est une loi quasi-constitutionnelle[1] qui a plus de poids qu'une autre loi de l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick parce qu'elle met en œuvre des obligations constitutionnelles et parce que le législateur a prévu que « Toute loi ou ses règlements d'application, autre que la présente loi, ne peuvent être interprétés de manière à supprimer, restreindre ou enfreindre une disposition de la présente loi et, en cas de conflit, la présente loi l'emporte »[2].

Dans le même ordre d'idée, un Commissaire aux langues officielles a les pouvoirs que lui accorde la loi. Le Commissaire aux langues officielles du Canada a des pouvoirs que la Commissaire aux langues officielles du Nouveau-Brunswick n'a pas. Par exemple, le Commissaire aux langues officielles du Canada « peut selon le cas exercer lui-même le recours, […] comparaître devant le tribunal pour le compte de l'auteur d'un recours [ou] comparaître, avec l'autorisation du tribunal, comme partie à une instance engagée sur le fondement de la présente partie »[3]. La Commissaire aux langues officielles du Nouveau-Brunswick ne possède pas de tels pouvoirs. Par conséquent, l'efficacité du rôle de chien de garde, comme l'on décrit parfois le rôle du Commissaire, dépend des pouvoirs que lui accorde la loi.

---

1 *Canada (Procureur général) c Viola (C.A.)*, [1991] 1 FC 373, [1990] ACF nº 1052 (QL) au para 16.

2 *Loi sur les langues officielles*, LN-B 2002, c O-0.5, art 3(1) [*LLONB*].

3 *Loi sur les langues officielles*, LRC 1985, c 31 (4e suppl), art 78(1). Voir également *Canada (Commissaire aux langues officielles) c Canada (ministère de la Justice)*, 2001 CFPI 239, [2001] ACF nº 431 (QL) où le Commissaire s'est prévalu de son droit d'intenter un recours devant la Cour fédérale.

Les pouvoirs de la Commissaire aux langues officielles du Nouveau-Brunswick sont prévus dans la *Loi sur les langues officielles* et se lisent comme suit :

> 43(9) Conformément aux pouvoirs qui lui sont conférés en vertu de la présente loi, le rôle du commissaire est d'enquêter, présenter des rapports et de faire des recommandations visant le respect de la présente loi et de promouvoir l'avancement des deux langues officielles dans la province.
>
> 43(10) Pour remplir son rôle au sens du paragraphe (9), le commissaire procède à des enquêtes, soit à la suite des plaintes qu'il reçoit, soit de sa propre initiative, et présente les rapports et recommandations émanant de ces enquêtes conformément à la présente loi.[4]

Les rapports et les recommandations dont il est question aux paragraphes 43(9) et 43(10) sont présentés « au Premier ministre, à l'administrateur général de l'institution concernée et au plaignant »[5]. Ces rapports et ces recommandations sont malheureusement trop souvent ignorés par les décideurs politiques. Devant l'inaction des gouvernements, l'ancien Commissaire aux langues officielles s'exprimait ainsi dans le dossier de la traduction simultanée des décisions de la Cour du Banc de la Reine et de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick :

> Vingt mois se sont écoulés sans obtenir de réponse officielle du ministère de la Justice. Le commissaire a envoyé une lettre au sous-ministre le 1er février 2008 pour lui demander un rapport d'étape sur la mise en œuvre de ses recommandations. Trois semaines plus tard, il a reçu une lettre du sous-ministre l'assurant que son personnel était en train de réunir l'information au sujet de la question et communiquerait avec le commissaire pour fixer une réunion. Le commissaire considère le fait que presque deux ans se soient écoulés depuis qu'il a transmis ses recommandations comme étant des plus frustrants; d'autant plus qu'aucune mesure concrète n'a été prise par le ministère, ce qui représente une attitude de laissez-faire à l'égard des droits linguistiques.[6]

---

4 *LLONB*, *supra* note 2.

5 *Ibid*, art 43(16).

6 Bureau du Commissaire aux langues officielles, *Rapport annuel 2007-2008* à la p 55, en ligne : http://www.languesofficielles.nb.ca/sites/default/files/imce/pdfs/FR/rapport_annuel_2007-2008.pdf. Voir également le Commissariat aux langues officielles du Canada, *Rapport annuel 2014-2015* à la p 10, en ligne : http://www.officiallanguages.gc.ca/sites/default/files/ra-14-15.pdf :

> Dans mes rapports annuels, j'ai régulièrement présenté les plaintes du public voyageur, dont nombre d'entre elles étaient contre Air Canada. Cette année, nous avons fait le suivi

Devant cette attitude de laissez-faire, il faut presque se poser la question à savoir à quoi sert un Commissaire aux langues officielles si ses rapports et ses recommandations ne sont pas pris au sérieux par les décideurs politiques? Le ou la Commissaire joue pourtant un rôle important dans la défense des droits linguistiques et la promotion des langues officielles au Nouveau-Brunswick. Cela dit, si la possibilité de porter plainte auprès du commissariat aux langues officielles constitue un recours pour l'individu membre d'une communauté linguistique officielle, dans bien des cas, aucune réparation n'en découle et, dans l'éventualité où l'administration n'agit pas pour apporter les correctifs nécessaires, le processus entamé par l'individu afin de faire respecter ses droits n'est que prolongé. Devant l'inaction des gouvernements à l'égard des rapports et des recommandations du Commissaire, l'individu doit encore une fois porter le fardeau de faire respecter ses droits devant les tribunaux. Le cas échéant, le rapport et les recommandations du Commissaire peuvent être déposés comme élément de preuve, et « [b]ien que la Loi n'affirme pas que le rapport du commissaire lie le tribunal, il constitue sans aucun doute un élément de preuve qui doit être pris en considération dans le cadre d'une demande de réparation en application de la Loi »[7]. Cependant, n'y aurait-il pas moyen d'accorder un plus grand poids à ces rapports et à ces recommandations? Et si les rapports et les recommandations de la Commissaire avaient la force d'un jugement! Voilà une idée qui maximiserait les pouvoirs actuels de la Commissaire sans engendrer de coûts supplémentaires. Dans la mesure où le gouvernement ne serait pas d'accord avec les conclusions de la Commissaire, il devrait se présenter devant la Cour du Banc de la Reine afin de prouver que le ou la Commissaire a eu tort en arrivant à ses conclusions. En procédant de la sorte, le gouvernement porterait le fardeau de prouver que la Commissaire à tort au lieu que le plaignant porte le fardeau de prouver devant la Cour que la Commissaire a raison.

L'individu membre d'une communauté linguistique officielle vivant en milieu minoritaire porte toujours un poids que celui qui est membre d'une communauté linguistique officielle vivant en milieu majoritaire n'a pas à porter. Comme l'a si bien dit John Ralston Saul : « Être francophone, c'est un effort de chaque jour »[8].

> d'une vérification portant sur le service au public offert par le transporteur aérien. J'ai été décontenancé de constater que celui-ci n'avait pris en compte qu'une seule des douze recommandations que j'avais formulées à son intention. Personne ne s'attend à la perfection, mais il était préoccupant d'apprendre que la direction de l'institution n'avait pas adopté de mesures pour corriger les lacunes signalées

7 *Rogers c Canada (Service correctionnel)*, [2001] 2 RCF 586, 2001 CanLII 22031 au para 59.

8 John Ralston Saul, Réflexions d'un frère siamois: Le Canada à la fin du XXe siècle, traduction de Charlotte Melançon, 1998, p. 63, tel que cité dans *Lalonde c Ontario (Commission de Restructuration des Services de Santé)*, [1999] OJ No 4489 (QL) (Cour supérieur de Justice de l'Ontario).

Dans bien des cas, il porte ce poids pour faire respecter des droits qui lui sont conférés par la loi ou la Constitution. Si les rapports et les recommandations de la Commissaire avaient la force d'un jugement, ce serait au gouvernement de justifier devant la Cour pourquoi il ne se conforme pas aux droits établis par la loi ou la Constitution.

Dans bien des cas, le respect des droits linguistiques par l'entremise des démarches judiciaires pourrait être aussi long qu'il ne l'était avant l'adoption d'une telle disposition. Cependant, dans bien d'autres cas, le fardeau serait grandement allégé pour la communauté linguistique officielle minoritaire et le respect des droits aurait lieu plus rapidement.

Dans la mesure où des droits sont accordés, il devrait être accordé sérieusement et le commissariat aux langues officielles, puisqu'il a été créé, devrait posséder les pouvoirs nécessaires à l'exécution de son mandat pour contribuer au respect de ces droits.

Blogue sur les droits linguistiques

(2016) 3 RDL 138

Le bilinguisme et la (mé)traduction dans les textes officiels en Algérie*

Nourredine Bessadi
Enseignant-chercheur à l'Université Mouloud Mammeri de Tizi Ouzou/Algérie
Traducteur freelance français/anglais/arabe

La publication récente de l'avant-projet de révision de la Constitution en Algérie pose, encore une fois, la question de la rédaction et, partant, de la traduction des textes officiels de l'Etat algérien. En plus d'un bilinguisme arabe-français qui ne dit toujours pas son nom (le texte est rédigé et diffusé en ces deux langues), la question de savoir laquelle des deux versions constituerait la version source demeure d'actualité.

Officiellement reléguée au rang de langue étrangère, les textes officiels algériens n'accordent aucune mention explicite à la langue française. Les mots *français*, ou *langue française* y sont soigneusement évités. Ce sont les mentions très implicites, et très vagues, de « langues étrangères » et « autres langues » qui font référence à la langue française. Il s'agit d'un nom de langue nié officiellement, mais dont le référent est pourtant fortement présent dans la réalité algérienne de tous les jours. On est donc face à un cas de figure où l'usage même d'un nom de langue devient un enjeu politique. L'Etat et, partant, le législateur algérien, opte pour un évitement volontaire d'un nom de langue en vue de l'exclure du schéma linguistique. Le mot *français(e)* relève de l'ordre de l'innommable[1]. Il s'agit en effet de ne pas nommer une langue afin de nier son existence.

En diffusant les textes de loi en deux langues, l'Etat algérien assume un bilinguisme qualifié de « *honteux* »[2] parce que la seule langue reconnue comme officielle par ces mêmes textes est la langue arabe. Dès 1962, le législateur algérien a été confronté à une question cruciale : laquelle des deux langues, dont

---

* Il convient de noter que ce texte a d'abord été publié sur le site Web de Huffington Post Algérie : http://www.huffpostmaghreb.com/algerie/.

1 Chériguen Foudil, *Les enjeux de la nomination des langues dans l'Algérie contemporaine*, Ed. L'Harmattan, Paris, 2007, p 89.

2 Babadji R., « Désarroi bilingue : note sur le bilinguisme juridique en Algérie », *Droit et Société*, 15,1990, p. 207-217.

les systèmes linguistiques sont très différents, est à même de rendre le droit algérien : le français, une langue indo-européenne dont les descriptions grammaticales s'inscrivent dans la tradition occidentale, profondément marquée par la philosophie aristotélicienne, ou l'arabe qui est une langue sémitique dont la tradition grammaticale reflète une pensée linguistique largement déterminée par l'interprétation d'un texte sacré, le Coran?

En réalité, et contrairement aux autres domaines, en Algérie, dans le cas précis de celui du droit, plutôt que de parler d'un plurilinguisme de fait, on est en mesure de parler d'un bilinguisme de droit non assumé. Officiellement, le texte juridique algérien est écrit en langue arabe. Dès 1969, le préambule du statut de la magistrature parle de la justice comme étant un « *attribut de la souveraineté du peuple, qu'elle est rendue en son nom et dans sa langue nationale*. »[3]

Au lieu d'être une simple traduction du texte rédigé en langue arabe, la « version » française continuerait de constituer le document authentique de référence, c'est-à-dire le texte source.

Intéressons-nous au passage suivant, tiré du préambule de l'avant-projet de révision de la constitution :

> L'Algérie, terre d'Islam, partie intégrante du Grand Maghreb, pays arabe, méditerranéen et africain, s'honore du rayonnement de sa Révolution du 1er Novembre et du respect que le pays a su acquérir et conserver en raison de son engagement pour toutes les causes justes dans le monde.

إن الجزائر، أرض الإسلام، وجزء لا يتجزأ من المغرب العربي الكبير، وأرض عربية، وبلاد متوسطية وافريقية تعتز بإشعاع ثورتها، ثورة أول نوفمبر، ويشرفها الاحترام الذي أحرزته، وعرفت كيف تحافظ عليه بالتزامها إزاء كل القضايا العادلة في العالم

Du point de vue traductionnel, la comparaison des deux énoncés met en lumière une non-équivalence impliquant l'insertion (ou non) de l'adjectif *arabe* : 1) l'énoncé en langue française parle de « Grand Maghreb », tandis que celui en langue arabe parle de *Grand Maghreb Arabe* (المغرب العربي الكبير) ; 2) l'énoncé en langue française parle de « pays arabe », tandis que celui en arabe parle de *terre arabe* (أرض عربية).

L'adjonction de l'adjectif *arabe* au segment « Grand Maghreb » dans l'énoncé en langue arabe revêt une valeur symbolique très importante aux yeux des tenants

[3] http://www.droit.mjustice.dz/legisl_fr_de_06_au_juil_08/code_proced_civ_et_adm/fr/index.html?i=1.

d'un modèle linguistico-religieux de la nation (l'arabo-islamisme), promu dès l'indépendance en 1962 et tirant ses racines dans le Mouvement National algérien qui a vu l'exclusion graduelle des défenseurs du paradigme de l'Algérie algérienne. Par ailleurs, l'on est en droit de se demander si l'utilisation du mot *pays* à la place de *terre* dans l'énoncé en langue française ne répondait pas au souci de ne pas heurter la sensibilité d'un peuple amazigh, notamment des Kabyles, dont l'attachement viscéral à sa terre a été si merveilleusement illustré dans *La Terre et le Sang* de Mouloud Feraoun. Une terre qui, au demeurant, respire l'amazighité de par son histoire et sa toponymie singulièrement berbères.

Pour expliquer cette non-équivalence, deux hypothèses peuvent être avancées. La première, c'est celle selon laquelle il y aurait une co-rédaction en lieu et place d'une entreprise de traduction. Autrement dit, les deux textes seraient rédigés par deux équipes distinctes, l'une francophone, l'autre arabophone. Cette hypothèse est néanmoins peu probable étant donné qu'il s'agit là de l'énoncé de la Constitution de la République, un texte très sensible, parmi ceux fondateurs de l'Etat algérien. La deuxième hypothèse, celle que je privilégie personnellement, est celle selon laquelle il s'agirait plutôt d'une *métraduction* sciemment entretenue ; c'est-à-dire la non-équivalence érigée en tant que mode de traduction, comme illustré dans les deux exemples susmentionnés. De cette façon, les deux énoncés seraient destinés à deux lectorats distincts, l'un francophone et l'autre arabophone, en tenant compte de leurs horizons d'attente respectifs.

Au-delà du débat récurrent autour de la question de savoir laquelle des langues arabe et française constitue la langue de rédaction des textes officiels, l'officialisation du tamazight et son incursion inévitable dans le secteur de la justice que cela impliquera ne manqueront pas de susciter des interrogations sur la politique linguistique de l'Etat algérien et la gestion des services qui garantissent son fonctionnement sur le plan linguistique. Existe-il un département langues au sommet de l'Etat algérien ? Qui en sont les fonctionnaires? En quoi consiste leur formation ? Sur la base de quels critères sont-ils recrutés ?

Ce sont autant de questions qui se poseront avec acuité, et dont les réponses constitueront de véritables indicateurs du sérieux de la démarche de l'Etat, ainsi que de l'efficacité des mesures nécessaires à la mise en œuvre de l'officialisation du tamazight.

Blogue sur les droits linguistiques

(2016) 3 RDL 141

La publication des jugements relatifs aux instances judiciaires qui se déroulent dans les deux langues officielles au N.-B.

Philippe Morin
Agent de projet, Observatoire international des droits linguistiques

Au Nouveau-Brunswick, « chacun a le droit d'employer la langue officielle de son choix dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux, y compris toute procédure, pour les plaidoiries et dans les actes de procédure qui en découlent »[1]. De plus, le tribunal doit « […] comprendre, sans l'aide d'un interprète ou de toute technique de traduction simultanée ou d'interprétation consécutive, les deux langues officielles lorsque les parties ont opté pour que l'affaire soit entendue dans les deux langues officielles »[2].

Cela dit, lorsqu'une instance judiciaire se déroule dans les deux langues officielles, des services d'interprétation peuvent être employés pour traduire les témoignages de la partie A dans la langue officielle de la partie B et vice-versa[3].

Lorsque l'audience se déroule, en tout ou en partie, dans les deux langues officielles « les décisions ou ordonnances définitives des tribunaux, exposés des motifs et sommaires compris » sont publiés dans ces deux langues[4]. À cette règle générale, le législateur a cependant apporté un bémol : « 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 »[5]. Il convient de noter finalement que les décisions de la Cour d'appel sont « réputées satisfaire aux critères de l'article 24 », c'est-à-dire qu'elles doivent toujours être publiées dans les deux langues officielles parce qu'elles présentent *de facto* « de l'intérêt ou de l'importance pour le public »[6].

---

1 *Loi sur les langues officielles*, LN-B 2002, c O-0.5, art 17 [*LLO*].
2 *Ibid*, art 19(2).
3 *Ibid*, art 21.
4 *Ibid*, art. 24(1)b).
5 *Ibid*, art 24(2).
6 *Ibid*, art 25.

C'est dans cet esprit que la Cour d'appel a précisé sa démarche dans *Caraquet (Ville) c. Nouveau-Brunswick (ministre de la Santé et du mieux-être)* lorsqu'elle a prononcé sa décision à l'orale :

> 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[7].

En procédant de la sorte, la Cour d'appel précisait que ce qui est exigé par la *Loi sur les langues officielles* (*LLO*) est la publication des décisions « ou ordonnances définitives des tribunaux, exposés des motifs et sommaires compris » dans les deux langues officielles. Elle pouvait donc rendre une décision orale, séance tenante, dans une seule langue, mais qu'il y aurait publication de cet exposé des motifs lorsque la traduction dans l'autre langue serait terminée.

Il y a cependant lieu de s'attarder plus longuement à ce passage. La Cour d'appel n'aurait eu besoin que de s'appuyer sur l'article 26 de la *LLO* pour justifier le fait qu'elle rendait une décision à l'orale. L'article 26 prévoit effectivement que :

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.	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.

Au lieu de s'appuyer sur cet article, la Cour d'appel a préféré s'appuyer sur l'article 25, lequel prévoit que « Les décisions de la Cour d'appel sont réputées satisfaire aux critères de l'article 24 » et ensuite préciser qu'il n'y aura publication

---

7 2005 NBCA 34, 282 RNB (2e) 112 au para 1.

au sens de l'article 24 « dès que [la] traduction dans la langue anglaise sera disponible », confirmant par le fait même que les jugements doivent être publiés simultanément dans les deux langues officielles.

À l'instar de cet extrait et tel que mentionné ci-dessus, lorsqu'une instance judiciaire s'est déroulée dans les deux langues officielles, la *LLO* prévoit effectivement la possibilité que la décision soit d'abord publiée dans une langue, puis, « dans les meilleurs délais »[8] dans l'autre langue officielle. Cela dit, le critère pour que la Cour puisse se prévaloir de cette exception est le suivant : « 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 »[9]. Un critère qui semble avoir échappé à la juge d'Entremont de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick lorsqu'elle a voulu préciser la nature du retard au sujet de la publication dans l'autre langue officielle de la décision :

> La présente décision découle d'une audience qui s'est déroulée dans les deux langues officielles, avec l'aide d'un interprète. Le paragraphe 24(1) de la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5, exige donc la publication de la décision dans les deux langues officielles. Étant donné que le dépôt de la présente motion remontait au 12 août 2013, la préparation de la décision dans l'autre langue officielle devait causer un retard. La motion a été entendue les 3 et 4 juillet 2014 et les 13, 14 et 15 mai 2015. En conséquence, la décision a d'abord été publiée en anglais; sa version française, produite dans les meilleurs délais, est maintenant publiée [nous soulignons][10].

Étant donné que l'audience s'est déroulée dans les deux langues officielles, la décision devait également, tel que le prévoit la *LLO*, être publiée dans les deux langues officielles[11]. Cette publication doit forcément se faire de façon simultanée, sinon le législateur n'aurait pas prévu la possibilité que la décision soit publiée d'abord dans une langue officielle « 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 » et, ensuite et dans les meilleurs délais, dans l'autre langue officielle. Par conséquent, pour se prévaloir de cette exception, la décision de publier le jugement en différé doit être justifiée en s'appuyant sur ce critère.

---

8 *LLO*, *supra* note 1, art 24(2).
9 *Ibid*.
10 *M.J.A. c J.J.G.*, 2015 NBBR 129, [2015] AN-B nº 192 (QL) au para 1.
11 *LLO*, *supra* note 1, art 24(1).

Il va sans dire que la publication dans les deux langues officielles va toujours causer un retard. La traduction prend forcément un certain temps. Il serait donc absurde d'adopter une disposition dans la *LLO* qui prévoit que lorsque la publication bilingue entraîne un retard, on peut publier d'abord dans une langue officielle et ensuite publier le jugement dans l'autre langue officielle. Voilà pourquoi le législateur a précisé que le retard devait être préjudiciable à l'intérêt public ou causer une injustice ou un inconvénient grave à une des parties au litige.

Le travail des juristes au Nouveau-Brunswick ne peut toutefois se limiter qu'à la lecture d'une seule version de la loi. Les deux lois ayant force égale[12], il faut toujours lire les deux versions de la loi. La version anglaise du paragraphe 24(2) se lit comme suit :

> 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 [nous soulignons].

À la lecture de cette disposition, on comprend, du coup, pourquoi la juge d'Entremont a écrit que « la préparation de la décision dans l'autre langue officielle devait causer un retard » [nous soulignons] et donc justifiait, sans explication supplémentaire, que le jugement soit d'abord publié dans une langue officielle et ensuite dans l'autre. On peut présumer sans crainte de se tromper qu'elle n'a effectivement lu que la version anglaise de la *LLO*.

La version anglaise prévoit que l'on peut publier un jugement en différé dans les deux langues officielles lorsque la publication bilingue entraînerait un retard ou une injustice ou un inconvénient grave à l'une des parties au litige (« a delay or injustice or hardship to a party to the proceedings »). Tel que mentionné ci-dessus, il va sans dire que la publication bilingue va toujours occasionner un certain retard dans la publication du jugement, contrairement à la publication dans une seule langue. Il serait insensé de prévoir que l'on peut publier d'abord dans une langue et ensuite dans l'autre langue lorsque cela occasionnerait un retard. Aussi bien prévoir dans la *LLO* que lorsqu'un jugement doit être publié dans les deux langues officielles, il est d'abord publié dans une langue et dans les meilleurs délais, dans l'autre langue officielle.

---

[12] *Ibid*, art 10.

Il y a un autre élément de la disposition de la version française qui ajoute du poids à cette conclusion : elle prévoit que le retard est préjudiciable à l'intérêt public. La notion d'intérêt public est complètement absente de la version anglaise de la disposition. Or, la publication en différée n'est possible que si le retard cause un préjudice à l'intérêt public ou si le retard cause une injustice ou un inconvénient grave à l'une des parties au litige. La notion d'intérêt public se justifie par la nature de l'acte : la publication d'un jugement, c'est-à-dire le fait de rendre public le résultat d'un litige qui vient d'être tranché par la Cour. Ce résultat étant, dans bien des cas, attendu par le public qui peut avoir un intérêt dans l'issue du conflit.

Le critère voulant que le retard soit préjudiciable à l'intérêt public est important puisqu'il permet une exception à la règle générale de la publication simultanée dans les deux langues officielles lorsque le jugement répond aux critères énoncés au paragraphe 24(1) de la *LLO*, c'est-à-dire lorsque le jugement 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 ou lorsqu'il s'agit d'un jugement de la Cour d'appel. Ce critère devait d'ailleurs être présent à l'esprit des juges de la Cour d'appel lorsqu'ils ont ajouté le paragraphe suivant à la toute fin d'au moins trois jugements :

> Depuis que l'appel a été entendu, l'un des membres de la formation de la Cour a été nommé à la Cour fédérale, élevé aux fonctions de juge en chef de la Cour d'appel de la cour martiale du Canada. Ainsi qu'il est prévu au par. 8(6.1) de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, il peut continuer à exercer les pouvoirs d'un juge de notre Cour pendant six mois à compter de la date de sa nomination. Afin que ce délai puisse être respecté, je suis d'avis d'ordonner, en vertu du par. 24(2) de la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5, que la version anglaise des présents motifs soit publiée et que la version française suive.[13]

On se souviendra que le paragraphe 24(2) de la *LLO* permet de publier d'abord dans une langue officielle et ensuite, dans les meilleurs délais, dans l'autre langue officielle « 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 ». Il va sans dire que la promotion du juge à la Cour martiale n'affecte aucunement les parties. Le seul critère présent dans le paragraphe 24(2) de la *LLO* qui puisse justifier cette démarche de la Cour d'appel est le préjudice à l'intérêt public, qui pourrait être causé par l'expiration

---

[13] *R c Atkinson*, 2015 NBCA 48, 439 RNB (2e) 92 au para 47; *Nouveau-Brunswick c Brad Gould Trucking & Excavating Ltd.*, 2015 NBCA 47, [2015] AN-B nº 182 (QL); *R c Tingley*, 2015 NBCA 51, [2015] AN-B nº 274 (QL).

du délai de 6 mois durant lequel le juge peut continuer à exercer ses pouvoirs au sein de la Cour d'appel. Autrement dit, un appel entendu par ce juge le jour avant son départ pourrait avoir comme conséquence que le jugement ne soit rédigé que quelques mois plus tard et que les délais dus à la traduction fasse en sorte que la publication du jugement dépasse ce délai de 6 mois. Par conséquent, la promotion du juge à la Cour martiale et le bon fonctionnement de la Cour d'appel du N.-B. justifient la publication d'abord dans une langue officielle et dans les meilleurs délais dans l'autre langue officielle.

Un jugement publié récemment permet également de voir les nuances et les ambigüités qu'il peut y avoir avec la publication des jugements bilingues. Le jugement de la Cour d'appel intitulé *Sa Majesté la Reine du chef du Nouveau-Brunswick, représentée par le ministre de l'Éducation c. Kennedy et autres*[14], rendu à l'oral, d'une longueur de trois paragraphes, a été publié en anglais et en français, avec la mention : « motifs plus détaillés à suivre ». Les motifs détaillés ont effectivement suivis, lesquels font 108 paragraphes, mais ont été publiés d'abord en anglais et dans les meilleurs délais en français, mais sans justifier la procédure de publication en différée. Cette façon de faire nous paraît non seulement contraire à la *LLO*, mais également contraire à la position adoptée par la Cour d'appel dans *Caraquet*, comme nous l'avons vu ci-dessus, lorsqu'elle a distingué le prononcé de sa décision à l'orale de la publication simultanée du jugement dans les deux langues officielles. Cette publication du jugement en anglais d'abord et ensuite en français sans aucune justification constitue un écart de parcours pour le moins étonnant de la part de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick.

Les ambiguïtés ne s'arrêtent cependant pas là. La version française du paragraphe 24(2) de la *LLO* contient également une ambigüité que la version anglaise ne contient pas. Le paragraphe 24(2) prévoit effectivement que :

> 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 [nous soulignons].

Le libellé de ce paragraphe nous donne l'impression qu'il y a effectivement deux scénarios possibles : 1) dans les cas visés au paragraphe 1, et 2) lorsque la

---

[14] 2015 NBCA 58, [2015] NBJ No 251 (QL).

publication bilingue entraînerait un retard préjudiciable à l'intérêt public… et on connaît la suite.

Le paragraphe (1) dont il est question prévoit que :

> 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.

À la lecture du paragraphe 24(2), on pourrait donc en déduire que la publication, d'abord dans une langue et ensuite dans l'autre langue, est possible si le point de droit en litige présente de l'intérêt ou de l'importance pour le public ou si les procédures se sont déroulées, en tout ou en partie, dans les deux langues officielles ou, encore, si la publication causerait un retard préjudiciable à l'intérêt public, etc. Une interprétation qui serait conforme au résultat obtenu lorsqu'on ne lit que la version anglaise. Cela dit, l'équivalent de « Dans les cas visés par le paragraphe (1) ou » est tellement claire dans la version anglaise : « Where a final decision, order or judgment is required to be published under subsection (1) […] ». Autrement dit, lorsque « 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 », les « décisions ou ordonnances définitives des tribunaux, exposés des motifs et sommaires compris, sont publiés dans les deux langues officielles » (paragraphe 24(1)) à moins que cette publication dans les deux langues officielles « 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 » (paragraphe 24(2)). Voilà une interprétation dépourvue de toute ambigüité.

Par conséquent, la juge d'Entremont devait non seulement lire les deux versions de la *LLO*, ce que l'on peut présumer qu'elle n'a pas fait pour les raisons mentionnées ci-dessus, mais elle devait en plus justifier que le retard causé par la traduction de la décision dans les deux langues officielles 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. Puisque cette affaire portait sur la garde exclusive d'un enfant, elle n'aurait sans doute eu aucun problème à justifier

que le retard aurait causé une injustice ou un inconvénient grave à une des parties au litige.

La juge aurait également dû, après avoir lu les deux versions de la *LLO* – et donc pris connaissance des divergences flagrantes –, interpréter l'article 24 afin de connaître l'intention du législateur. Une interprétation à laquelle une cour devra un jour se livrer en raison des divergences frappantes qui existent entre ces deux versions de l'article 24 de la *LLO*.

Cet exemple met à l'avant-scène les ambigüités qu'il peut y avoir dans les versions bilingues des lois, mais aussi l'importance de lire les deux versions des lois bilingues. À défaut de quoi, il peut en résulter des effets sur le droit substantif, comme dans ce cas-ci : la bévue commise en omettant de lire les deux versions de la *LLO* ouvre effectivement la porte à la publication en différée dans tous les cas puisque la publication bilingue des jugements prend toujours plus de temps et donc cause forcément un retard. Et comme c'est souvent le cas pour la minorité linguistique, dans l'affaire *M.J.A. c. J.J.G.*, la décision a d'abord été publiée en anglais et ensuite en français.

Blogue sur les droits linguistiques

(2016) 3 RDL 149

Le bilinguisme et les jugements

Michel Doucet
Professeur titulaire et
directeur de l'Observatoire international des droits linguistiques

Si l'égalité des deux versions linguistiques d'un texte législatif est chose admise en raison notamment de l'article 18 de la *Charte canadienne droits et libertés*[1], qu'en est-il des jugements publiés en anglais et en français par les tribunaux? Quelle est l'autorité des deux versions de ces jugements? Une des versions a-t-elle préséance sur l'autre? Ce sont là des questions qui n'ont pas reçu, à ce jour, de réponses par les tribunaux.

Le droit, dans un régime de common law, comme c'est le cas au Nouveau-Brunswick, ne se limite pas uniquement à la législation. Une partie importante de ce droit se trouve également dans les jugements rendus par les tribunaux. Comme le souligne Bastarache :

> une 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 autorité[2].

Un juriste de common law qui ignore la jurisprudence ne saurait prétendre connaître le droit. Ainsi, il est parfaitement légitime de se demander si les principes d'interprétation des lois bilingues s'appliquent également aux décisions des tribunaux.

Il convient de noter qu'il existe toutefois certaines distinctions importantes entre les lois bilingues et les décisions bilingues. La première a trait à l'obligation de publier les textes dans les deux langues officielles. En ce qui concerne la publication des jugements dans les deux langues, l'obligation provient d'une loi et non de la Constitution comme c'est le cas pour les lois. Certaines dispositions de

---

1 *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11.
2 M. Bastarache, *Le droit de l'interprétation bilingue*, Montréal LexisNexis, 2009 à la p 121 [*Le droit de l'interprétation bilingue*].

la *Loi sur les langues officielles* (*LLO*)[3] du Canada et du Nouveau-Brunswick portent spécifiquement sur la traduction et sur la publication des décisions des tribunaux dans les deux langues officielles. Au palier fédéral, l'article 20 de la *LLO* prévoit que les décisions définitives - motifs compris - des tribunaux fédéraux sont simultanément mises à la disposition du public dans les deux langues officielles si le point de droit en litige présente de l'intérêt ou de l'importance pour celui-ci ou 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. Au Nouveau-Brunswick, l'article 24 de la *LLO* prévoit que les décisions portant sur un point de droit qui « présente de l'intérêt ou de l'importance pour le public » doivent être publiées en français et en anglais. L'article 25 prévoit, pour sa part, que les décisions de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick sont réputées satisfaire aux critères de l'article 24 et doivent donc être traduites. Or, malgré l'obligation législative de traduire certaines décisions judiciaires, il n'existe aucune règle relative à l'autorité des deux versions linguistiques. Devons-nous en conclure que seule la version originale fait autorité? Si tel est le cas, alors à quoi sert la version traduite? Si les deux versions n'ont pas la même valeur, cela contrevient-il au principe d'égalité qui sous-tend les droits linguistique et qui fait en sorte que personne ne devrait être défavorisé en raison de son choix de langue officielle lors d'une procédure judiciaire?

Une autre distinction entre les lois publiées dans les deux langues officielles et les décisions des tribunaux provient du fait que les décisions judiciaires contiennent souvent une mention quelconque indiquant quelle version est traduite. À la Cour suprême du Canada, par exemple, si la version originale est la version anglaise, nous pouvons lire au début du jugement « Judgment of the Court delivered by/La version française du jugement de la Cour a été rendue par » et si la version originale est la version française, « English version of the judgment of the Court delivered by/Le jugement de la Cour a été rendue par ». Nous pouvons donc en déduire qu'une version du jugement a été rédigé en français ou en anglais et que l'autre version est la traduction. Or, à la Cour fédérale et à la Cour d'appel fédérale, cela n'est pas possible. À une époque, on indiquait quelle des deux versions était la traduction, mais depuis un certain temps la mention sur tous les jugements est la suivante : « Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par/The following are the reasons for judgment rendered in English by ».

---

[3] *Loi sur les langues officielles*, LRC 1985, c 31 (4e suppl), art 20; *Loi sur les langues officielles*, LN-B 2002, c O-0.5, art 24 à 26.

Pour ce qui est du Nouveau-Brunswick, les *Recueils du Nouveau-Brunswick* indique, pour les décisions de la Cour provinciale et de la Cour du Banc de la Reine, laquelle des deux versions est une « traduction ». La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a toutefois adopté, depuis un certain temps, une pratique différente. L'une des deux versions des décisions de la Cour porte la mention « version française » ou « version anglaise », indiquant par le fait même qu'il s'agit de la version traduite puisque l'autre version ne contient aucune mention du genre[4]. Si la décision est rendue en anglais à l'oral, elle porte la mention « orally » et sur la version française, « version française », suivi de « oralement ». Si la décision est rendue en français à l'oral, elle porte la mention « oralement » et sur la version anglaise, « english version », suivi de « orally ». Face à cette pratique des tribunaux, nous pouvons nous demander s'il faut attacher une importance au fait que l'on puisse facilement déduire qu'une version est une traduction.

La réponse à cette question prend une certaine importance lorsque les deux versions d'une décision judiciaire ne disent pas la même chose. Prenons, pour exemple, le paragraphe 27 de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Daoust*[5]. Dans la version française de cette décision, nous pouvons y lire :

> Il y a donc une démarche précise à suivre pour l'interprétation des lois bilingues. La première étape consiste à déterminer s'il y a antinomie. Si les deux versions sont absolument et irréductiblement inconciliables, il faut alors s'en remettre aux autres principes d'interprétation [nous soulignons].

La version anglaise indique pour sa part :

> There is, therefore, a specific procedure to be followed when interpreting bilingual statutes. The first step is to determine whether there is discordance. If the two versions are irreconcilable, we must rely on other principles [nous soulignons].

Peut-on dire que la formulation que l'on retrouve dans la version française selon laquelle l'ambiguïté doit être « absolument et irréductiblement inconciliables » représente une exigence équivalente à la formulation présente dans la version anglaise voulant que l'ambiguïté soit « irreconcilable »? Si les deux versions ne

---

4 La première décision dans laquelle on voit « version anglaise » est une décision du juge Deschênes qui date du 27 mars 2003. La prochaine décision dans ce recueil en est une du juge en chef Drapeau, datée du 17 avril 2003, qui porte la mention « version française ». Avant cela, on utilisait la mention « Traduction ».

5 *R c Daoust*, [2004] 1 RCS 217.

disent pas la même chose, laquelle représente le mieux l'intention de l'auteur? Dans le cas de *Daoust*, la mention au début du jugement était « Le jugement de la Cour a été rendu par/English version of the judgment rendered by ». Doit-on en déduire que la version française est la version originale? Si oui, est-ce que le critère est que l'antinomie doit être absolument et irréductiblement inconciliable, ce qui nous paraît être une exigence plus élevée que ne laisse entendre la version anglaise du jugement?

Nous pouvons également faire référence à la décision de la Cour suprême du Canada dans *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*[6] où les mots « proper functionning » dans la version anglaise sont rendus en français par les mots « bon fonctionnement »[7] et les mots « efficient functionning » ont été rendus à un endroit par les mots « fonctionnement efficace »[8] et à un autre endroit par « bon fonctionnement »[9]. Ces différences sont-elles suffisantes pour créer une ambiguïté dans la version française du texte? Le juge Létourneau de la Cour d'appel fédérale semble être de cet avis. Dans l'arrêt *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*[10], il déclare :

> Les remarques des juges minoritaires dans l'arrêt subséquent *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)* […] indiquent également l'existence d'une certaine ambiguïté au sujet de la norme de la nécessité. Les juges majoritaires se sont abstenus d'examiner la question, mais les juges minoritaires ont de nouveau examiné la portée des privilèges parlementaires. À la page 919, ils ont réitéré que le critère retenu dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co.* était celui de la nécessité pour le bon fonctionnement (« proper functioning » dans la version anglaise) de la législature. Cependant, ils se sont ensuite demandé si le privilège revendiqué est nécessaire au fonctionnement efficace de la législature (« efficient functioning » dans la version anglaise). À la page 926, ils ont conclu que « le pouvoir de frapper d'inhabilité des députés pour cause de corruption est nécessaire à la dignité, à l'intégrité et au bon fonctionnement (efficient functioning) d'une législature » (non souligné dans l'original). Je dois ajouter qu'il est peu utile de se reporter à la version française pour connaître le qualificatif exact puisque les mots

---

6 *New Brunswick Broadcasting Co. c Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)* [1993] 1 RCS 319.

7 *Ibid* au para 136.

8 *Ibid* au para 137.

9 *Ibid* au para 127.

10 *Canada (Chambre des communes) c Vaid* 2002 CAF 473.

> « proper functioning » de la version anglaise ont été rendus en français par les mots "bon fonctionnement" et que les mots « efficient functioning » ont été rendus à un moment donné par les mots « fonctionnement efficace » et à un autre moment par « bon fonctionnement »[…] . De fait, les mots « necessary to the functioning » de la version anglaise, où le mot « functioning » n'est pas accompagné d'un qualificatif, ont été rendus en français par les mots « bon fonctionnement » comme dans le cas où la version anglaise parle du « proper functioning » […] [nous soulignons][11].

Dans l'arrêt *Devine c. Québec (procureur général)*[12], une décision rendue par « The Court/La Cour », nous pouvons y lire :

> Bien que, comme l'appelante l'a soutenu, l'exigence de l'usage concurrent du français puisse créer un fardeau additionnel pour les marchands et les commerçants non francophones, il n'y a rien qui porte atteinte à leur capacité d'utiliser également une autre langue.
> Although, as the appellant contended, the requirement of joint use of French might create an additional burden for non-francophone merchants and shopkeepers, there is nothing which impairs their ability to use another language equally [nous soulignons][13].

Dans l'arrêt *Québec (P.G.) c. Entreprise W.F.H. Ltée*[14], la Cour s'est posée la question à savoir ce que l'on entendait dans ce passage par la capacité d'employer une autre langue « également/*equally* ». La Cour suprême du Canada avait-elle voulu dire le français de même qu'une autre langue (*as well as*) ou le français et une autre langue de façon égale (*in an equal way)?* Le juge dans cet arrêt résout la question comme suit :

> Éliminons immédiatement l'argument de texte que l'accusée tire de la version anglaise et voulant, selon elle, que la Cour suprême permette, voire même donne le droit, aux non-francophones d'utiliser une autre langue de façon égale. Le contexte de *Devine* et sa lecture obligatoire qu'il faut en faire avec *Ford*, où la même preuve avait été présentée par le Procureur général d'alors, ne suggèrent absolument pas qu'il en

---

11 *Ibid* au para 25.
12 *Devine c Québec (procureur général*, [1988] 2 RCS 790.
13 *Ibid* au para 31.
14 *Québec (P.G.) c Entreprise W.F.H. Ltée*, [2000] RJQ 1222, confirmé par [2001] RJQ 2557, autorisation de pourvoi à la CSC rejetée, [2002] 4 RCS vi.

> fut le cas. D'ailleurs la version française du texte plus haut cité le démontre à mon avis […].
>
> Le mot « également » a deux significations selon le Petit Robert éd. 1988
>
> 1) D'une manière égale, au même degré, au même titre.
> 2) De même, aussi.
>
> De toute évidence, par l'endroit où il est placé dans la version française, ce mot signifie ici : de même, aussi, et non d'une manière égale[15].

La Cour a donc conclu que, dans le contexte de cette affaire, la signification du dictionnaire français était la bonne. Or, afin d'en arriver à cette conclusion, il fallait que la Cour soit en mesure de lire et de comprendre les deux versions du jugement? Le lecteur qui lit une décision dans une seule langue ne sera probablement pas conscient des différences qui peuvent exister entre la version française et anglaise. Est-ce que cela ne pourrait pas, dans certains cas, mener à une interprétation différente d'une décision selon la langue dans laquelle elle est lue? Faut-il, dans le cas des décisions judiciaires publiées dans les deux langues officielles, imposer la règle de valeur égale afin d'éviter que cela ne se produise?

Nous avons déjà indiqué que la règle de valeur égale est constitutionnellement reconnue pour les lois à l'article 18 de la *Charte*. La question à savoir si cette règle doit aussi s'appliquer aux décisions judiciaires n'a jamais été examinée par les tribunaux. Il est également vrai que 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 *LLO*, alors que la deuxième la tire d'un texte constitutionnel. Toutefois, la source de l'obligation ne devrait pas être un obstacle à l'approche qu'il faut retenir dans l'interprétation des jugements à partir du moment où il existe une obligation de les publier dans les deux langues.

À ce sujet, Bastarache écrit :

> 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

---

15 *Ibid* aux para 212-14.

> 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 anglaises et françaises des jugements de la Cour fédérale, de la Cour d'appel fédérale et, surtout, de la Cour suprême du Canada font pareillement autorité[16].

Suivant cette logique, nous pouvons en arriver à la même conclusion en ce qui concerne les décisions des tribunaux du Nouveau-Brunswick, du moins depuis l'adoption de la *LLO* en 2002. Comme nous l'avons indiqué précédemment, les jugements des tribunaux du Nouveau-Brunswick ne sont pas tous traduits dans les deux langues officielles. Toutefois, nous soutenons que les jugements dont la traduction est justifiée en vertu de la *LLO* font parties de « la loi » au sens de l'article 18 de la *Charte* et qu'ils doivent donc être publiés simultanément dans les deux langues officielles. Une telle obligation peut également se justifier à la lumière des articles 16, 16.1 et 19 de la *Charte*[17]. La pleine reconnaissance du principe de l'égalité qui sous-tend ces dispositions suppose donc que les décisions des tribunaux doivent être accessibles dans les deux langues officielles. Il découle inévitablement de cette conclusion que les deux versions de ces décisions doivent avoir une valeur égale, sinon le principe de l'égalité ne serait pas atteint. Il doit en être ainsi pour toutes les décisions traduites puisque toute autre approche aurait pour effet de favoriser une version linguistique par rapport à une autre.

Si la version traduite d'une décision n'a pas une valeur égale à la version originale, son utilisation dans un contexte judiciaire est, à toute fin pratique, inutile, voire irresponsable. Le fait que les formulations de la version traduite d'une décision judiciaire ne soit pas exactement équivalente à la version originale ne devrait pas être considéré comme un motif suffisant pour mettre de côté la règle d'égale valeur. Cela se produit également, dans certaines provinces, dans le cas des lois et des règlements dont une version est la traduction de l'autre sans que la règle soit pour autant écartée. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs été confronté à ce problème dans l'arrêt *Doré c. Verdun (ville)*[18]. Elle a alors refusé l'argument voulant que la version anglaise du *Code civil du Québec* soit ignorée car elle n'était qu'une « simple traduction ». Elle tire plutôt la conclusion que la

---

16 *Le droit de l'interprétation bilingue*, *supra* note 2 à la p 119.

17 L'article 16 prévoit que le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada et du Nouveau-Brunswick. L'article 16.1 reconnaît l'égalité des deux communautés de langues officielles du Nouveau-Brunswick et l'article 19 que chacun a le droit d'utiliser le français ou l'anglais dans les affaires dont sont saisis les tribunaux du Canada et du Nouveau-Brunswick.

18 *Doré c Verdun (ville)*, [1997] 2 RCS 862.

qualité de la version traduite n'a aucune incidence sur la règle d'égale autorité et que toutes divergences devaient être résolue par le recours aux règles d'interprétation. Pourquoi, une approche similaire ne pourrait-elle pas s'appliquer dans le cas des jugements? Nous convenons que les règles d'interprétation des lois ne sont pas toujours applicables dans le cas des jugements, mais rien n'empêche de les adapter au besoin.

Si les deux langues officielles et les communautés de langues officielles sont égales en statut, en droit et en privilège, les justiciables de l'une ou l'autre de ces communautés devraient pouvoir bénéficier d'un traitement égal devant les tribunaux et ne pas être défavorisé en raison de la langue officielle qu'ils ont choisi d'utiliser. La communauté juridique anglophone du Nouveau-Brunswick n'accepterait pas, avec raison, que des décisions importantes soient rendues en français et que la traduction de ces décisions soit considérée comme une version non-officielle. Cela lui imposerait le fardeau d'avoir recours à la version originale de la décision en langue française. Elle considérerait que cette situation est un obstacle à son droit d'avoir accès de manière équitable à la justice dans la langue officielle de son choix. Elle n'accepterait pas que des considérations d'ordre administratives ou financières viennent faire obstacle à ses droits. Il en va de même pour la communauté juridique francophone. L'égalité réelle des langues officielles signifie que les deux communautés linguistiques officielles de la province doivent avoir accès, dans leur langue, à des décisions judiciaires qui ont la même autorité et sur lesquelles ils peuvent se fier.

Comme le souligne McLaren :

> Pour que cela soit possible, il faut que tous les acteurs du système judiciaire adhérent 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 qu'insuffisamment d'importance est généralement accordée à la qualité des traductions des jugements au Canada, malgré le fait que la question soit « une responsabilité nationale »[19].

Finalement, l'obstacle à une reconnaissance du principe de valeur égale pour les deux versions des jugements est davantage politique que juridique. C'est le refus de la part des acteurs du système judiciaire d'admettre qu'un régime de bilinguisme législatif et judiciaire exige un respect du principe de l'égalité.

En ce qui concerne plus particulièrement le Nouveau-Brunswick, force nous est d'admettre que cette province ne peut pas encore être qualifiée de régime de « bilinguisme judiciaire ». Nous sommes plutôt en présence d'un régime de « dualisme juridique[20] », c'est-à-dire une situation où le bilinguisme officiel se traduit juridiquement par l'unilinguisme. Ce « dualisme juridique » fait en sorte que les juristes unilingues anglophones ont tendance à accorder plus de poids et de valeur à la version de la loi ou à celle d'une décision rédigée dans la langue de la majorité anglophone qu'à celle rédigée dans la langue de la minorité francophone. Ce manque d'uniformité dans la mise en œuvre d'un véritable bilinguisme judiciaire au Nouveau-Brunswick n'est pas étonnant puisqu'une forte proportion des avocats est unilingue et ne sente pas le besoin de tenir compte de l'autre version linguistique de la loi ou des décisions judiciaires. Nous pourrions également ajouter que même les juristes bilingues ont souvent tendance à se référer qu'à une seule version linguistique.

Pourtant, il devrait être évident que dans un système de bilinguisme législatif et judiciaire il est impossible d'interpréter correctement une loi ou une décision en ne tenant compte que de la moitié du texte. Consciente de cette faille, la Cour suprême du Canada a d'ailleurs modifié ses règles de procédure pour exiger que toute référence à une loi bilingue comporte le libellé des deux versions[21]. Nous sommes d'avis que les tribunaux du Nouveau-Brunswick devraient adopter la même pratique et que les règles de procédure devraient inclure une disposition semblable à celle de la Cour suprême du Canada. Devant tous les tribunaux de la province, les avocates et les avocats devraient avoir l'obligation de faire référence aux deux versions d'une loi ou d'un règlement lors du dépôt des documents judiciaires et si une décision est publiée dans les deux langues officielles, les deux versions de l'extrait cité devraient être reproduites.

---

19 K. McLaren, « La langue des décisions judiciaires au Canada » (2015) 2 RDL 1 à la p 47.

20 Pour le concept de « dualisme juridique », voir R. A. MacDonald, « Legal Bilingualism » (1997) 42 RD McGill 119.

21 *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, al 25e)(vii), al 42g) et al 44b.

Si cette démarche peut paraître laborieuse, elle seule peut permettre l'égalité de statut, des droits et des privilèges des deux langues officielles au sein du système judiciaire. Sinon, le système judiciaire contribue tacitement à l'unilinguisme *de facto* de la langue dominante au détriment de la langue minoritaire.

Blogue sur les droits linguistiques

(2016) 3 RDL 159

Sport-études à Ottawa : la saga continue

Pierre Foucher, professeur
Faculté de droit, Université d'Ottawa

J'ai déjà mentionné ici le dépôt d'une action intentée par le Conseil des écoles publiques de l'est ontarien (CÉPÉO) contre l'« Ontario Federation of School Athletics Associations » (OFSAA) en raison de modifications au règlement de l'OFSAA, qui produiraient des effets discriminatoires et nuisibles au développement de l'instruction en français en Ontario et plus spécifiquement dans la région d'Ottawa. Une injonction interlocutoire avait été accordée pour surseoir à l'application du règlement en attendant de déterminer sa constitutionnalité[1].

Un autre chapitre judiciaire vient de s'écrire dans cette saga. Le 8 mars 2016, le juge Maranger de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a rejeté une requête présentée par le ministère de l'Éducation de l'Ontario (MÉO) pour faire radier la portion de la demande qui le vise[2]. La décision, manuscrite, n'est pas encore publiée au moment d'écrire ces lignes et c'est l'une des parties qui me l'a fait parvenir.

Le juge indique que le ministère devait démontrer qu'il était « clair et apparent » que la demande ne révélait aucune cause d'action contre lui. Citant des arrêts ontariens, la Cour ajoute qu'elle « doit présumer que les faits plaidés par les demandeurs dans la déclaration sont vrais, à moins qu'ils soient manifestement impossible d'être prouvés ou qu'ils soient ridicules »[3]. Les demandeurs-intimés présentent, au paragraphe 60 de leur mémoire, une série de faits ayant conduit à la création et au fonctionnement actuel de l'OFSAA; il en ressort que c'est à l'initiative du ministère que la Fédération fut créée, que ce dernier continue d'y faire siéger une personne au Conseil, que le ministère finance les activités de la Fédération et qu'il collabore étroitement au développement des programmes et activités de celle-ci. La Cour ajoute : « Les faits allégués et résumés au paragraphe 60 du mémoire déposé par l'intimée doivent être présumés comme

1 *CÉPÉO c OFSAA*, 2015 ONCS 5328 [CÉPÉO no 1].
2 *CÉPÉO c OFSAA*, Dossier de la Cour 14-62416, Dossier de motion des demandeurs/partie intimée, motion en radiation présentable le 3 mars 2016, décision le 8 mars 2016 [CÉPÉO no 2].
3 CÉPÉO no 2, *ibid* à la p 3, paragraphe 3b).

étant vrais; compte tenu de cela, il n'est ni clair, ni apparent que la cause d'action des demandeurs contre le MÉO n'ait aucune chance de succès »[4]. La Cour ajoute enfin qu'une analyse contextuelle est nécessaire en matière constitutionnelle.

L'importance de garder le MÉO comme partie à l'action n'échappera pas aux observateurs et observatrices de la scène des droits linguistiques. En effet, l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* donne aux ayants-droit des droits à l'instruction « financée par les fonds publics » mais ne précise pas qui, par contre, est tributaire de l'obligation juridique correspondante. Conformément à notre « architecture constitutionnelle », la jurisprudence a correctement présumé que les gouvernements provinciaux sont les premiers responsables. La Cour suprême du Canada déclare : « Selon l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les législatures provinciales ont le pouvoir de décréter des lois relatives à l'éducation »[5]. Dans la même décision, la Cour reconnaît le pouvoir de la province de déléguer des responsabilités, ce qui n'écarte cependant pas sa responsabilité constitutionnelle ultime[6].

Il est vrai que, tout comme pour l'injonction, nous en sommes encore aux étapes préliminaires et que les faits allégués sont présumés vrais en ce moment. Or à la lecture de ces faits, l'OFSAA apparait manifestement comme une mandataire du MÉO ou à tout le moins de ses délégués, les conseils scolaires. Il s'agirait peut-être alors d'une sous-délégation. Or la province pourrait déposer de la preuve au procès pour contredire l'allégation des demandeurs. Mais d'ici là, le MÉO demeure partie à l'instance et doit répondre de ses décisions (ou de l'absence d'icelles) tout comme de celles de sa mandataire l'OFSAA. À priori, compte tenu des faits allégués et présumés, il existerait une cause d'action contre le MÉO qui aurait dérogé à ses obligations constitutionnelles, celles qui lui incombent au premier chef. La motion du ministère aura au moins eue le mérite de clarifier cet enjeu procédural : on peut, et on doit, identifier les ministères provinciaux ou les gouvernements provinciaux comme défendeurs dans les poursuites fondées sur l'article 23 de la *Charte*, même si d'autres entités sont aussi poursuivies.

---

4 *Ibid* aux pp 3-4, paragraphe 3c).

5 *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c Yukon (Procureure générale)*, 2015 CSC 25, [2015] 2 RCS 282 au para 68.

6 *Ibid* au para 69. Voir également *Arsenault-Cameron c Ile-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, [2000] 1 RCS 3 au para 58.

Blogue sur les droits linguistiques

(2016) 3 RDL 161

Les franchises d'Alcool NB et la *Loi sur les langues officielles*

Michel Doucet
Professeur titulaire et Directeur de l'Observatoire international
des droits linguistiques

Tout récemment, le Commissariat aux langues officielles du Nouveau-Brunswick a conclu que les magasins de franchise de la Société des alcools du Nouveau-Brunswick (Alcool NB) n'avaient pas les mêmes obligations linguistiques qu'Alcool NB, une société d'état provinciale qui est responsable de l'achat, de l'importation, de la distribution et de la vente au détail de toutes les boissons alcoolisées dans la province[1].

Selon le site Web d'Alcool NB[2], le programme de magasins de franchise a été établi pour offrir un meilleur service au public dans les collectivités où Alcool NB a décidé de ne pas établir un magasin d'alcool, pour servir les clients à des endroits plus pratiques, pour générer des ventes supplémentaires pour Alcool NB et pour aider au développement de l'industrie de vente d'alcool au Nouveau Brunswick. Les franchisés sont autorisés à vendre de la bière, des vins, des spiritueux et d'autres boissons alcoolisées que l'on retrouve normalement dans les magasins d'Alcool NB.

La sélection d'une localité dépend d'un ensemble de facteurs qui comprend, entre autres, le bassin de population desservi, la visibilité et le volume potentiel de circulation de transit, la distance par rapport aux magasins existants et le potentiel de croissance des activités d'Alcool NB. Dans certaines localités, le magasin de franchise remplace le magasin d'Alcool NB.

Le Programme de magasin de franchise, dont la dernière révision remonte, selon leur site Web, à décembre 2014, décrit en détails les modalités d'obtention d'un permis de franchise et les obligations qu'ont les magasins de franchise. On peut y lire notamment que les franchisés sont libres de choisir la configuration commerciale qu'ils préfèrent, sous réserve de l'approbation d'Alcool NB, mais un local doit tout de même être désigné pour la vente et le stockage des produits

---

1 Voir la *Loi sur la société des alcools du Nouveau-Brunswick*, LN-B 1974, c N-6.1.

2 La Société des alcools du Nouveau-Brunswick, en ligne : <http://www.nbliquor.com/French/Corp>.

d'Alcool NB. Le Programme prévoit également qu'Alcool NB fournira une formation adéquate aux participants au sujet des exigences de la *Loi sur la réglementation des alcools* et toute autre question de responsabilité sociale pertinente. De plus, une formation continue au sujet des produits et une aide dans la gestion du portefeuille seront offertes au franchisé. Alcool NB fournit gratuitement des enseignes d'intérieur et d'extérieur et, conformément à la *Loi sur la réglementation des alcools*, tous les employés des magasins de franchise qui manipulent des boissons alcoolisées doivent être âgés d'au moins 19 ans. La Politique ne contient toutefois aucune disposition relative à la langue de service.

Au cours de la dernière année, le Commissariat aux langues officielles du Nouveau-Brunswick a reçu deux plaintes concernant l'absence de services bilingues dans des magasins franchisés. Au sujet de la première plainte, le Commissariat a conclu que le magasin de franchise avait des obligations linguistiques : le programme de franchise présentait ces magasins comme des mandataires d'Alcool NB, offrant un service pour leur compte, démontrant ainsi qu'ils opéraient à titre de tiers d'Alcool NB au sens de la *Loi sur les langues officielles*.

Au sujet de la deuxième plainte, le Commissariat aux langues officielles a pris une position totalement opposée, refusant même d'accueillir la plainte. Selon la Commissaire, à la lumière « du fait que le programme de magasins de franchise avait rapidement évolué et que des marchés d'alimentation à grande surface pouvaient maintenant vendre de l'alcool, le Commissariat a alors procédé à une révision en profondeur de la relation contractuelle entre [Alcool NB] et les magasins franchisés »[3]. Cette « analyse » a permis au Commissariat de conclure que les magasins de franchise n'étaient pas des tiers, mais uniquement des points de ventes où il est possible de se procurer des produits d'Alcool NB. Toutefois, le Commissariat ne fait pas état des changements dont il a pris connaissance lors de sa « révision en profondeur » et en quoi ces changements diffèrent du Programme des magasins franchisés, dont le contenu se trouve toujours affiché sur le site Web d'Alcool NB.

La question se pose donc à savoir si ces magasins de franchise sont des tiers au sens de l'article 30 de la *Loi sur les langues officielles* (*LLO*), lequel prévoit que lorsque la province ou une institution de la province fait appel à un tiers afin qu'il fournisse des services pour son compte, la province ou l'institution est chargée de veiller à ce que le tiers honore les obligations que lui impose la *LLO*.

---

[3] Courriel de K. d'Entremont, Commissaire aux langues officielles, en date du 18 juillet 2016.

Le changement d'interprétation du Commissariat aux langues officielles concernant les magasins de franchise est difficile à comprendre surtout lorsque l'on considère que le magasin qui faisait l'objet de la deuxième plainte se trouve dans la municipalité francophone de Memramcook, laquelle n'est pas desservie par un autre magasin d'Alcool NB. Ce magasin agit sous la bannière d'Alcool NB (l'enseigne extérieur porte même la mention « agent ») et de façon conforme aux obligations qui sont prévues dans le Programme des magasins franchisés. À la lumière de ces faits, il ne fait aucun doute que ce magasin est un tiers qui agit pour le compte d'Alcool NB. En ce qui concerne les « marchés d'alimentation de grande surface », dont la Commissaire fait état dans son courriel, nous ne voyons pas en quoi ce simple fait justifie un changement d'interprétation à l'égard des obligations linguistiques qui incombent aux tiers qui fournissent des services pour le compte de la province ou l'une de ses institutions. De plus, le magasin franchisé de Memramcook ne peut pas être qualifié de « marchés d'alimentation de grande surface » et, quoi qu'il en soit, la question des obligations linguistiques de ces marchés de grande surface ne devra être abordée que si une plainte est déposée à leur égard.

L'interprétation du Commissariat aux langues officielles semble indiquer que l'on peut contourner les obligations linguistiques législatives et constitutionnelles par l'adoption d'un Programme ou par un contrat. Pas besoin d'être un juriste pour comprendre que la loi est au-dessus de tout et qu'un simple programme ou un simple contrat ne peuvent pas faire fi de la loi; ils doivent plutôt s'y conformer. Si le législateur décide d'apporter une modification aux obligations linguistiques d'Alcool NB, il devra le faire en modifiant la *Loi sur les langues officielles*. Ni le Commissariat, ni Alcool NB ne peuvent priver les citoyens vivant dans des collectivités, qui n'ont pas de point de vente au détail de boissons alcoolisées, de leurs droits linguistiques; l'article 30 de la *LLO* ayant été adopté justement pour ce genre de situation. L'interprétation que donne le Commissariat aux langues officielles de l'article 30 est inquiétante en cette ère de privatisation des services gouvernementaux, car elle offre un moyen pour les institutions gouvernementales de contourner leurs obligations linguistiques et de priver les citoyens de leurs droits durement acquis.

Blogue sur les droits linguistiques

(2016) 3 RDL 164

L'article 30 de la *Loi sur les langues officielles* et les franchises d'Alcool NB[1]

Philippe Morin
Agent de projet
Observatoire international des droits linguistiques

Introduction

Le 19 juillet 2016, nous apprenions que, selon le Commissariat aux langues officielles du Nouveau-Brunswick, les franchises d'Alcool NB ne sont pas tenues de respecter les obligations linguistiques qui incombent à Alcool NB[2]. Autrement dit, selon le Commissariat, ces franchises n'ont pas à respecter la *Loi sur les langues officielles* du Nouveau-Brunswick (*LLONB*) et ce, malgré l'article 30 de cette loi, qui se lit comme suit :

> Si elle fait appel à un tiers afin qu'il fournisse des services pour son compte, la province ou une institution, le cas échéant, est chargée de veiller à ce qu'il honore les obligations que lui imposent les articles 27 à 29.
>
> When the Province or an institution engages a third party to provide a service on its behalf, the Province or the institution, as the case may be, is responsible for ensuring that its obligations under sections 27 to 29 are met by the third party.

Les articles 27 à 29 portent bien entendu sur tous les aspects de la communication avec le public : le droit de communiquer et de recevoir les services dans la langue de son choix, l'obligation de veiller à ce que le public puisse communiquer et recevoir les services dans la langue de son choix, l'obligation d'offre active de services et l'affichage dans les deux langues officielles. L'article 30 de la *LLONB* a donc pour objet d'assurer que les tiers qui offrent des services pour le compte du gouvernement soient tenus aux mêmes obligations linguistiques que le serait le gouvernement s'il offrait lui-même ces services.

---

1 Pour un résumé plus complet des faits, voir Michel Doucet, « Les franchises d'Alcool NB et la *Loi sur les langues officielles* » (22 juillet 2016) *Blogue sur les droits linguistiques*, en ligne : <http://www.droitslinguistiques.ca/images/stories/Blogue/Michel_Doucet_-_Les_franchises_d_Alcool_NB_et_la_LLO.pdf >.

2 « Les employés des franchises d'Alcool N.-B. ne sont pas tenus de parler le français », en ligne : Radio-Canada.ca <http://ici.radio-canada.ca/regions/atlantique/2016/07/18/016-franchises-alcool-nb-service-francais-langues-officielles.shtml>.

Puisque le Commissariat est d'avis que les franchises d'Alcool NB ne sont pas des tiers au sens de la *LLONB*, deux questions nous viennent aussitôt à l'esprit : 1) qu'entend-on par « un tiers » au sens de l'article 30 de la *LLONB*, et 2) qu'entend-on par « une franchise » puisque, selon l'interprétation qu'en donne le Commissariat aux langues officielles du Nouveau-Brunswick, il y aurait une distinction suffisante entre ces deux concepts pour justifier que l'article 30 de la *LLONB* ne s'applique pas aux franchises d'Alcool NB.

Les tiers

Les tribunaux n'ont jamais eu l'occasion d'interpréter l'article 30 de la *LLONB*. De plus, la *LLONB* ne définit aucunement le mot « tiers ». Cela dit, la disposition similaire que l'on trouve dans *Loi sur les langues officielles* du Canada (*LLO*) a quant à elle été considérée à quelques reprises par la Cour fédérale[3]. L'article 25 de la *Loi sur les langues officielles* du Canada (*LLO*) dispose que :

> Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que, tant au Canada qu'à l'étranger, les services offerts au public par des tiers pour leur compte le soient, et à ce qu'il puisse communiquer avec ceux-ci, dans l'une ou l'autre des langues officielles dans le cas où, offrant elles-mêmes les services, elles seraient tenues, au titre de la présente partie, à une telle obligation[4].
>
> Every federal institution has the duty to ensure that, where services are provided or made available by another person or organization on its behalf, any member of the public in Canada or elsewhere can communicate with and obtain those services from that person or organization in either official language in any case where those services, if provided by the institution, would be required under this Part to be provided in either official language.

---

3 Voir *Thibodeau c Air Canada*, 2011 CF 876, [2013] 2 RCF 83; *Thibodeau c Air Canada*, 2005 CF 1156, [2006] 2 RCF 70; *Desrochers c Canada (Industrie)*, 2005 CF 987, [2005] 4 RCF 3 [*Desrochers*]; *Quigley c Canada (Chambre des Communes)*, 2002 CFPI 645, [2003] 1 CF 132 [*Quigley*]; *Canada (Commissaire aux langues officielles) c Canada (ministère de la Justice)*, 2001 CFPI 239, 194 FTR 181 [*Canada c Canada*].

4 Il convient de noter que le libellé de la version française de la disposition emploie le mot « tiers », tout comme la *LLONB*, alors que le libellé de la version anglaise de la disposition emploie l'expression « another person or organization on its behalf », contrairement à la disposition de la *LLONB*, qui elle emploie « third party ».

L'article 25 a été mentionné pour la première fois dans l'affaire *Canada (Commissaire aux langues officielles) c. Canada (ministère de la Justice)*, mais puisqu'il s'agissait plutôt d'une délégation de pouvoir entre le gouvernement fédéral, le gouvernement ontarien et les municipalités, la discussion a porté davantage sur la question de compétence et de délégation que sur l'article 25 proprement dit. Cela dit, la conclusion du juge respecte tout de même l'objet de l'article 25 :

> Dans les circonstances, il apparaît clair que le gouvernement fédéral a plein pouvoir pour déléguer, au gouvernement provincial ou à des municipalités, la gestion des poursuites des infractions aux lois et règlements fédéraux. Le gouvernement provincial de l'Ontario a choisi de déléguer ce pouvoir de gestion par voie législative réglementaire et par ententes spécifiques portant sur la gestion de certaines contraventions par les autorités municipales.
>
> Suivant cette analyse, l'obligation pour le délégué de respecter les lois linguistiques auxquelles était tenu le déléguant, soit le gouvernement du Canada ou de l'Ontario, selon le cas, demeure[5].

L'affaire *Quigley c. Canada (Chambre des Communes)* a interprété de façon plus détaillé l'article 25[6]. M. Quigley est un résident de Riverview au Nouveau-Brunswick qui regardait sur son téléviseur les activités de la Chambre des communes, lesquelles étaient diffusées par Rogers Cable Company de Moncton dans la version originale seulement. Comme M. Quigley est unilingue anglophone, il n'était pas en mesure de comprendre les extraits en français. Après avoir déposé une plainte auprès du commissaire aux langues officielles du Canada, il a intenté une poursuite à la Cour fédérale.

Afin de diffuser ces débats, la Chambre des communes a retenu les services de CPAC, lequel transmet le signal à d'autres entreprises de distribution de radiodiffusion. La Chambre des communes met à la disposition de CPAC les signaux audio en français, en anglais et dans la version originale. CPAC met ces trois signaux audio à la disposition des radiodiffuseurs, mais ces derniers ne les diffusent pas nécessairement tous et ne sont pas tenus de le faire puisqu'ils ne font pas partie de l'entente conclue entre la Chambre des communes et CPAC. Toutefois, l'entente conclue entre CPAC et la Chambre des communes fait de CPAC un tiers au sens de la *LLO* parce que « les services sont fournis par CPAC

---

5 *Canada c Canada*, *supra* note 3 aux para 135-36.

6 *Quigley*, *supra* note 3.

[pour le compte du] président de la Chambre »[7]. Par conséquent, il n'y a aucun doute que l'article 25 de la *LLO* s'applique en l'espèce :

> L'article 25 de la Loi prévoit qu'une institution fédérale - et la Chambre en est une aux termes de la Loi - doit, si elle utilise un intermédiaire (individu ou organisme) pour fournir des services qu'elle est tenue d'offrir dans les deux langues officielles, veiller à ce que cet intermédiaire se conforme à cette obligation. Cela n'a pas été fait en l'espèce puisque, dans son entente avec la Chambre, CPAC ne s'est pas engagée à veiller à ce que ses contrats de distribution avec les différentes EDR garantissent la diffusion dans les deux langues officielles [nous soulignons][8].
>
> Section 25 of the Act requires that every federal institution, and the House is defined as a federal institution by the Act, must, if it uses another person or organization to deliver services that are required to be provided in both official languages, ensure that the person or organization providing such service does so in both official languages. That has not happened in this case since CPAC, in its agreement with the House, did not undertake to ensure that its distribution contracts with various BDUs would guarantee that CPAC would be broadcast in both official languages [nous soulignons].

La façon dont l'institution peut veiller à ce que le tiers se conforme aux obligations linguistiques du gouvernement est de le prévoir par contrat :

> À mon avis, l'article 25 de la Loi exige que, <u>dans toute entente conclue</u> entre la Chambre et CPAC, comme en l'espèce, on

---

7 *Ibid* au para 54. Il convient ici de reproduire la phrase telle que rédigée dans la version anglaise : « It is because the services are being provided <u>by</u> CPAC <u>for</u> the Speaker of the House that section 25 of the Act applies » [nous soulignons].

8 *Ibid* au para 55. Il convient de noter que le traducteur n'a pas pris pleinement conscience du fait que le juge employait les mots du législateur lorsqu'il a écrit en anglais « another person or organization ». La traduction ne pouvait pas être celle que l'on retrouve dans la version française de la décision, c'est-à-dire « un intermédiaire (individu ou organisme) », mais se devait plutôt d'emprunter les mots qu'a employés le législateur dans la version française de l'article 25 : « des tiers ». Par conséquent, si l'institution utilise une autre entité quelconque pour fournir des services qu'elle est elle-même tenue d'offrir dans les deux langues officielles, elle utilise un tiers et doit donc veiller à ce que ce tiers se conforme aux obligations linguistiques de l'institution.

> « veille » à ce que les débats déjà fournis par la Chambre soient éventuellement diffusés dans les deux langues officielles [nous soulignons][9].

Le contrat est effectivement l'outil par excellence pour s'assurer que le tiers respecte les obligations de l'institution ou du gouvernement, mais n'est pas déterminant en soi puisqu'il est évidemment soumis à la loi. Un message qui a été transmis de façon on ne peut plus clair par la Cour suprême du Canada :

> Le juge en chef Richard de la Cour d'appel fédérale insiste sur le fait que les obligations de la GRC sont de nature contractuelle et non pas constitutionnelle. J'estime que ces deux types d'obligations ne s'excluent pas mutuellement. C'est par le biais de l'entente, en participant à une fonction gouvernementale du Nouveau-Brunswick, que la GRC se voit imposer des obligations constitutionnelles en vertu du par. 20(2) de la *Charte*. Comme il a été expliqué précédemment, la GRC doit respecter les obligations qui incombent à cette province lorsqu'elle agit pour le compte de cette dernière [nous soulignons][10].

Dans l'affaire *Quigley*, le juge n'a pas jeté un coup d'œil au contrat pour voir si le tiers était tenu aux mêmes obligations linguistiques que ne l'était l'institution. Il a plutôt lu la loi, qui prévoit que le tiers est tenu aux mêmes obligations linguistiques que l'institution, et il a ensuite constaté la lacune dans le contrat, d'où son ordonnance que les parties se conforment à l'article 25, ce qui aurait dû être fait de toute façon. Encore une fois, le problème en est un de respect du droit et non un problème d'absence de droits linguistiques. Les droits linguistiques existent et prévoient la façon de procéder dans une telle situation, mais le non-respect du droit pousse un simple citoyen à intenter une poursuite pour que le droit soit une fois de plus respecté et appliqué.

En outre, il convient de noter que le juge a rejeté l'argument voulant que les entreprises de distribution de radiodiffusion refuseraient de diffuser le signal s'ils devaient se conformer à l'article 25 de la *LLO*. Selon le juge, « le simple fait que des [entreprises de distribution de radiodiffusion] puissent refuser de diffuser les débats de la Chambre ne justifie pas que l'on ne tienne pas compte de cette disposition »[11]. Le juge ici ne fait qu'affirmer le principe de la primauté du droit.

---

9 *Ibid* au para 56.

10 *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c Canada*, 2008 CSC 15, [2008] 1 RCS 383 au para 23.

11 *Quigley*, *supra* note 3 au para 57.

Il n'a pas ignoré la loi parce que cela risquait de déplaire à certains diffuseurs. De fait, il va de soi que cela déplaise à des gens, d'où la raison d'être d'une telle disposition : protéger la communauté linguistique minoritaire des effets de la privatisation, des fluctuations du marché et de l'économie, etc.

Bien que la notion de tiers puisse parfois être difficile à identifier[12], dans l'ensemble elle est relativement simple : le service qu'offrirait habituellement une institution ou la province est offert par un autre. Cet autre, le cas échéant, doit respecter les obligations qui incombent à l'institution ou à la province. Comme le veut le principe de droit constitutionnel, on ne peut pas faire indirectement ce que l'on ne peut pas faire directement[13].

Les franchises

Nous devons maintenant regarder si la notion de franchise correspond à celle d'un tiers au sens de la *LLONB*. Dans ce contexte, nous sommes d'avis que les deux mots sont synonymes. Une franchise peut être définie comme un « droit d'exploiter une marque, une raison sociale concédée par une entreprise à une autre sous certaines conditions »[14]. Une définition générale qui est appuyée par celle qu'en donne le *Black's Law Dictionary* : « To grant (to another) the sole right of engaging in a certain business or in a business using a particular trademark in a certain area »[15].

Partons de la définition que donne le *Black's Law Dictionary*. Une franchise est (1) le fait d'accorder à un autre le droit de partir en affaire dans un certain secteur du marché ou (2) d'employer une marque de commerce (3) pour faire affaire dans une certaine région. Une définition qui, à toute fin pratique, est celle qui est élaborée dans la *Politique pour le programme de magasins de franchise* d'Alcool NB[16].

---

12 Voir par exemple *Desrochers c Canada (Industrie)*, *supra* note 3 aux para 31 et 40 où le commissaire argumente que l'article 22 et non 25 s'applique alors que le juge est d'avis contraire.

13 Voir notamment *Canada (Commissaire aux langues officielles) c Canada (ministère de la Justice)*, *supra* note 3 au para 116.

14 Multi Dictionnaire, *sub verbo* « franchise ».

15 Bryan A. Garner, dir, *Black's Law Dictionary*, 10e éd, Thomson Reuters, 2014, *sub verbo* « franchise ».

16 En ligne : <http://www.nbliquor.com/documents/Agency-Store-Program-french.pdf>.

Selon cette politique, on y apprend notamment que :

- les nominations des magasins de franchise revient au Conseil d'administration de la Société des alcools du Nouveau-Brunswick (1);

- Alcool NB fournit gratuitement des enseignes d'intérieur et d'extérieur (2);

- Alcool NB s'attend à tirer avantage du programme de magasins de franchise en augmentant les revenus dans les zones commerciales locales, en élargissant l'exposition des produits de boissons alcoolisées au client et en en améliorant sa satisfaction (3).

La *Politique* ne pose aucun problème : elle est claire et vise à permettre à des particuliers (des tiers) de vendre de l'alcool sous la bannière d'Alcool NB dans des régions où ce dernier n'est pas présent, le tout en vue d'« appuyer les objectifs opérationnels d'ANBL, y compris l'optimisation [du] revenu net, la promotion de la responsabilité sociale, l'amélioration de la satisfaction de la clientèle, l'optimisation du service à la clientèle et des retombées économiques et la maximisation des rendements financiers pour la province »[17].

La *Politique* fait preuve cependant d'une lacune lorsqu'elle énumère les obligations qu'ont les franchisés : « [l]e programme de magasins de franchise veille à ce que les participants répondent aux exigences de la *Loi sur la Société des alcools du Nouveau-Brunswick* et la *Loi sur la réglementation des alcools du Nouveau-Brunswick* (LRA) et fonctionnent dans les modalités et les conditions établies par ANBL »[18]. Les auteurs de la *Politique* ont de toute évidence oublié d'inclure la *Loi sur les langues officielles*. Cela dit, bien que la *LLONB* n'y apparaisse pas, la *Politique* n'est pas au-dessus de la loi et le fait que la *LLONB* ne se retrouve pas dans cette énumération n'est pas déterminant. Le cas échéant, il serait beaucoup trop facile d'ignorer la loi : il suffirait de ne pas la mentionner dans une politique ou un contrat pour la contourner, un non-sens dans un État de droit comme le nôtre.

Somme toute, nous ne voyons aucune différence entre la notion de franchise et celle d'un tiers tel que l'entendent la *LLONB* et la *LLO*. Un tiers est une personne qui fournira un service pour le compte du gouvernement, une expression qui a été défini par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique : « l'expression "pour le

---

17 *Ibid* à la p 3.
18 *Ibid* à la p 4.

compte de" signifie ou inclut clairement "dans l'intérêt de" […] »[19]. À la lecture de la *Politique*, il ne fait aucun doute que le programme de franchise a été conçu pour que des tiers vendent les produits d'Alcool NB dans leur intérêt.

Conclusion

Le fait qu'un détaillant comme un marché d'alimentation de grande surface vende certains produits d'Alcool NB par l'entremise d'une entente quelconque, laquelle tire son origine ou non de la *Politique* et qui soit par conséquent un franchisé ou non, c'est-à-dire un tiers ou non n'a aucune incidence sur les franchisés d'Alcool NB. D'autres, comme les bars et les discothèques, vendent également de l'alcool. Cela n'a pas pour autant mis fin au programme de franchise d'Alcool NB, ni ne change la nature des franchisés d'Alcool NB.

Le Commissariat aux langues officielles du Nouveau-Brunswick a peut-être conclu que les franchisés d'Alcool NB n'étaient pas des tiers au sens de l'article 30 de la *LLONB*, mais nous ne pouvons concevoir qu'une telle interprétation est bien fondée ni qu'elle tiendrait la route dans une instance judiciaire. Dans la mesure où nous faisons erreur, le défi sera tout de même de taille : établir une distinction suffisante entre une franchise et un tiers[20], offrir une autre définition que celle donnée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à l'expression « pour le compte de » et distinguer la relation contractuelle qui existe entre les franchises d'Alcool NB et la Société des alcools du Nouveau-Brunswick[21] de celle qui existe entre la Chambre des communes et CPAC… Devant l'impossible, nul n'est tenu!

---

19 *Gilbert c British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2005 BCCA 117, [2005] BCJ No 408 (QL) au para 20, tel que cité dans *Desrochers*, *supra* note 3 au para 34.

20 Voir également *Thibodeau c Air Canada*, *supra* note 3 au para 13 : « Air Canada reconnaît qu'elle est assujettie à la LLO et qu'en vertu de l'article 25 de la LLO, elle est responsable des services offerts par Jazz avec laquelle elle a un contrat d'achat de capacité ».

21 « La Société des alcools du Nouveau-Brunswick est une société d'état provinciale qui est responsable de l'achat, de l'importation, de la distribution et de la vente au détail de toutes les boissons alcoolisées dans la province du Nouveau- Brunswick », en ligne : Alcool NB <http://www.nbliquor.com/French/Corp>.

Blogue sur les droits linguistiques

(2016) 3 RDL 172

La *Politique linguistique* de l'Université de Moncton : une barrière efficace contre l'infiltration de la langue majoritaire[1]

Philippe Morin
Agent de projet
Observatoire international des droits linguistiques

Introduction

Une communauté linguistique vivant en milieu minoritaire se doit, si elle veut protéger sa langue, se doter de mécanismes et d'espaces physiques qui place cette langue à l'abri de la langue majoritaire. Les mécanismes prennent évidemment la forme de politiques ou de lois et le meilleur exemple d'un espace physique à l'intérieur duquel on protège la langue et ses locuteurs est une institution d'enseignement (que ce soit une école ou une université); ces deux composantes fonctionnant habituellement en symbiose. Cela dit, le fait que ces deux composantes existent ne nous permet pas de se reposer sur ses lauriers. Comme nous le verrons dans le présent texte, la langue majoritaire peut s'infiltrer dans ces espaces par des voies inattendues et en dépits des mécanismes en place. Qui plus est, les gens justifieront souvent le non-respect des mécanismes par des inconvénients administratifs.

Les faits

Le 10 février 2016, une unité académique de l'Université de Moncton envoyait un courriel à sa liste de diffusion, laquelle comprend la communauté universitaire. Au tout début du courriel, elle écrivait : « (*Le français suit*) ». L'unité académique faisait alors suivre un courriel dans lequel l'anglais apparaissait en premier lieu.

Étonné de voir qu'on avait pris la peine d'écrire que le français suivait, mais qu'on n'avait pas supprimé la partie rédigée en anglais, je leur ai posé quelques questions à ce sujet et leur ai rappelé que la *Politique linguistique* de l'Université de Moncton

[1] Le présent texte porte sur une plainte déposée par l'auteur contre une unité académique de l'Université de Moncton.

prévoyait que « [l]es communications orales et écrites à l'intérieur de l'Université se font en français »[2].

L'unité académique a répondu qu'elle recevait un nombre important de courriels et que leur liste de diffusion comprend, certes, la communauté universitaire, mais aussi des collaborateurs externes dont la langue de travail n'est pas nécessairement le français. Par conséquent, par respect pour les destinataires et pour l'expéditeur du message original, l'unité académique préférait garder le texte dans sa version intégrale pour que tous puissent en être informés.

Cela dit, la *Politique linguistique* de l'Université prévoit que « [l]es communications officielles orales et écrites pour diffusion à l'extérieur de l'Université se font normalement en français » et, s'agissant des communications électroniques, « [l]'Université s'efforce de mettre en évidence son caractère francophone dans l'utilisation de l'autoroute électronique »[3]. En outre, l'unité académique contournait la *Politique linguistique* de l'Université de Moncton en ayant qu'une seule liste de diffusion[4]. Ayant des destinataires anglophones et francophones, l'unité académique ignorait complètement la politique par respect des destinataires anglophones. En plus d'ignorer la *Politique linguistique*, cette façon de faire n'est pas très respectueuse de la communauté universitaire. Comme le dit si bien le préambule de la *Politique linguistique* :

> L'Université de Moncton est un établissement de langue française dont la mission est de répondre en priorité aux aspirations et aux espoirs de la population francophone de l'Est du Canada et en particulier à ceux de la population acadienne. Afin de préserver et de promouvoir le statut de la langue française, elle a adopté une politique linguistique dont voici les règlements [nous soulignons].

Les inconvénients administratifs

L'unité académique ne peut pas se soustraire à la *Politique linguistique* de l'Université sous prétexte qu'elle doit gérer un nombre important de courriels. Au sujet des inconvénients administratifs, la Cour suprême du Canada dans *R. c. Beaulac* était sans équivoque :

---

2 *Politique linguistique*, art 4.1, en ligne : Université de Moncton <http://www.umoncton.ca/repertoire/1er_cycle/politique_linguistique.htm>.

3 *Ibid*, art 4.1 et 4.1.1.

4 Si elle en avait plus d'une, ces listes n'étaient toutefois pas organisées en fonction de la langue.

> Je tiens à souligner qu'un simple inconvénient administratif n'est pas un facteur pertinent. La disponibilité de sténographes judiciaires, la charge de travail des procureurs ou des juges bilingues et les coûts financiers supplémentaires de modification d'horaire ne doivent pas être pris en considération parce que l'existence de droits linguistiques exige que le gouvernement satisfasse aux dispositions de la Loi en maintenant une infrastructure institutionnelle adéquate et en fournissant des services dans les deux langues officielles de façon égale [nous soulignons][5].

Pareillement, les inconvénients administratifs invoqués par l'unité académique ne devaient pas être pris en considération parce que l'existence de la *Politique linguistique* exige que l'Université maintienne une infrastructure institutionnelle adéquate et fournisse, tel que le prévoit la politique, des communications en français à la communauté universitaire. L'Université de Moncton, en plus d'être un lieu du savoir et des connaissances, est un espace physique où la langue française peut s'épanouir. Une telle pratique de la part de l'unité académique érode cet espace en plaçant la langue majoritaire en premier lieu.

L'ordre de présentation

Lorsqu'un message bilingue est envoyé, un choix chronologique doit toujours être effectué. Cela dit, comme le rappelait Michel Carrier, à ce moment commissaire aux langues officielles du Nouveau-Brunswick, ce choix n'est pas anodin :

> plusieurs ont noté que l'ordre de présentation des deux langues favorise généralement l'anglais, et ce, même dans des régions majoritairement francophones : l'anglais se retrouve à gauche ou au-dessus; le français à droite ou au-dessous. 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. […] un ordre de présentation qui favorise l'anglais dans des régions majoritairement francophones apparaît inapproprié, car il ne reflète pas la réalité linguistique du milieu[6].

---

5 [1999] 1 RCS 768 au para 39.

6 Commissaire aux langues officielles du N.-B., *Rapport annuel 2009-2010* à la p 17, en ligne : <http://www.languesofficielles.nb.ca/sites/default/files/imce/pdfs/FR/rapport_annuel_2009-20102.pdf>.

La *Politique linguistique* de l'Université de Moncton a justement été adoptée parce que l'ordre de présentation de l'information dans un courriel ou toute autre communication a un effet et tend à favoriser une langue plutôt qu'une autre. Voilà pourquoi la politique prévoit que « [l]es communications officielles orales et écrites pour diffusion à l'extérieur de l'Université se font normalement en français » et, s'agissant des communications électroniques, « [l]'Université s'efforce de mettre en évidence son caractère francophone dans l'utilisation de l'autoroute électronique » [nous soulignons]. Autrement dit, lorsqu'une unité académique, quelle qu'elle soit, de l'Université de Moncton reçoit un courriel, elle ne doit pas le diffuser intégralement par respect pour l'expéditeur ou un destinataire anglophone, mais elle doit supprimer la partie en anglais pour que seulement le français apparaisse par respect de la communauté universitaire puisque l'Université a notamment pour mission « de répondre en priorité aux aspirations et aux espoirs de la population francophone de l'Est du Canada et en particulier à ceux de la population acadienne »[7].

Les obligations qui découlent de la Politique linguistique

L'unité académique a certaines obligations en vertu de la *Politique linguistique* de l'Université qui font en sorte qu'elle doit mettre en évidence le caractère francophone de l'Université, ce qui peut vouloir dire, par exemple, supprimer la partie anglaise des messages qu'elles diffusent à la communauté universitaire. En outre, si besoin est, elle doit avoir des listes de diffusion organisée en fonction de la langue pour respecter la *Politique linguistique* de l'Université de Moncton. En 1995, le Sénat académique de l'Université de Moncton a jugé essentiel et important d'adopter la *Politique linguistique* pour « préserver et promouvoir le statut de la langue française » puisqu'il connaissait les dangers qui menaçaient une communauté linguistique en milieu minoritaire. La communauté linguistique minoritaire a souvent besoin de protection et cette protection à l'Université de Moncton prend notamment la forme d'une politique linguistique.

On a effectivement jugé important d'adopter une politique linguistique pour protéger la communauté universitaire contre des situations comme celle-ci, où en raison d'un nombre important de courriels et par respect de l'expéditeur et des destinataires anglophones, on mine une partie de la mission de l'Université de Moncton. Rappelons que la mission de l'Université est qu'elle « est une institution à trois constituantes exclusivement de langue française » [nous soulignons] et qu'elle contribue « au développement de la société acadienne et universelle ». Cette contribution s'effectue notamment de trois façons dont la première est en

[7] *Politique linguistique*, *supra* note 2, préambule.

fournissant « à la population acadienne et à la francophonie en général des programmes de formation de la plus haute qualité »[8].

La plainte

Une plainte a été déposée auprès du Conseil de la langue française[9], puisqu'une partie de son mandat est de « veiller à l'application de cette politique et faire des recommandations, s'il y a lieu, aux administratrices et aux administrateurs des divers secteurs de l'Université » et de « recevoir les plaintes et les commentaires relatifs à l'application de la *Politique linguistique*, les traiter ou, au besoin, les transmettre aux instances appropriées »[10].

Le Conseil a jugé la plainte recevable et en a informé l'unité académique. En réponse à la plainte, l'unité académique a invoqué tous les arguments que les initiés aux droits linguistiques connaissent bien et entendent régulièrement :

- elle reçoit un grand nombre de messages;
- elle diffuse au-delà de 200 courriels par année;
- les messages qu'elle diffuse sont d'une grande importance pour les chercheures et chercheurs et ils doivent les recevoir rapidement;
- le personnel administratif a connu, au moment de la plainte, une période d'instabilité;
- un message en question a été transmis par erreur.

Il convient de noter que je ne mets aucunement en doute la sincérité de ces arguments. Or, ils témoignent d'une incompréhension totale des droits linguistiques. Les droits linguistiques existent justement parce qu'à un moment donné ou un autre, il y aura un grand nombre de messages ou de l'instabilité au niveau du personnel, et sans les droits linguistiques il serait trop facile de justifier une pratique qui donne une place de premier rang à la langue majoritaire.

Bien qu'elle invoque l'importance de diffuser rapidement l'information et le nombre considérable de courriels qu'elle diffuse, l'unité académique reconnaissait tout de même qu'elle doit se conformer à la *Politique linguistique* de l'Université de Moncton et adoptait comme mesure temporaire l'approbation par ses dirigeants

---

8 « Mission, visions et valeurs », en ligne : Université de Moncton <http://www.umoncton.ca/enbref/node/3>.

9 *Ibid*, art 3.1 prévoit notamment que « [l]e Conseil de la langue française est un comité permanent du Sénat académique. Il est composé de cinq personnes nommées par le Sénat. […] ».

10 *Ibid*, art 2.1.

de tous les messages diffusés aux listes d'abonnés. Elle croyait toutefois que les messages qu'elle reçoit par courriel en format html ne sont pas modifiables; justifiant par le fait même qu'on ignore la politique et qu'on diffuse intégralement le message. Si on ne peut effectivement pas le modifier, on peut toutefois copier la partie en français et la coller dans un nouveau message qu'on diffuse ensuite à la communauté universitaire.

Cette façon de procéder exige un peu plus de temps et d'effort, mais une communauté linguistique en situation minoritaire se doit d'être vigilante et de faire cet effort supplémentaire si elle veut préserver ces espaces physiques où la langue et ses locuteurs peuvent s'épanouir. La *Politique linguistique* de l'Université de Moncton a été adoptée pour protéger la langue française et ses locuteurs contre les effets de la langue majoritaire. La moindre des choses est qu'une unité académique de l'Université de Moncton fasse l'effort nécessaire, étant donné justement le nombre considérable de courriels qu'elle diffuse, pour respecter la politique.

Tels sont les défis auxquels fait face une collectivité vivant en milieu minoritaire et les efforts supplémentaires qu'elle doit déployer. Il faut les accepter puisqu'ils ne représentent jamais une justification suffisante au non-respect de droits linguistiques ou dans le cas qui nous intéresse de la *Politique linguistique* de l'Université de Moncton.

Par conséquent, la pratique relative à la diffusion des courriels devrait se résumer ainsi :

1. *Les messages, annonces, avis reçus dans les deux langues de la part d'organismes subventionnaires ou autres :*

Le passage en anglais est supprimé ou le passage en français est copié et collé dans un nouveau message, lequel est diffusé à la communauté universitaire.

2. *Les messages, annonces, avis reçus en anglais seulement de la part d'organismes subventionnaires ou autres :*

Le message intégral est transféré à la liste d'abonnés pertinente avec l'avertissement suivant : « Ce message a été reçu en anglais seulement ».

3. *Les messages, annonces, avis reçus en français seulement de la part d'organismes subventionnaires ou autres :*

Le message intégral est transféré à la liste pertinente d'abonnés.

Conclusion

Les faits en cause dans la plainte n'étant pas contestés, le Conseil de la langue française n'a pas jugé nécessaire d'entendre les parties et a conclu qu'il y avait effectivement une entorse à la *Politique linguistique* de l'Université de Moncton. En outre, il proposera que la procédure de gestion des messages diffusés par courriel décrite ci-dessus soit adoptée par le Sénat académique et qu'elle s'étende à toutes les unités académiques de l'Université. Enfin, soulignons l'importance cruciale du rôle qu'exerce le Conseil de la langue française, notamment en sa capacité à recevoir et à évaluer les plaintes au sujet de ladite politique. Sans ce Conseil, les démarches en vue de modifier la pratique d'envoi de messages bilingues auraient pu être beaucoup plus longues et laborieuses, et la barrière que représente la *Politique linguistique* contre l'infiltration par une voie inattendue de la langue anglaise dans l'espace protégé que constitue l'Université de Moncton n'aurait peut-être pas été si solide.