ISSN 2368-3260

Observatoire international des droits linguistiques

Revue de droit linguistique

Volume 4
(2017-2020)

UNIVERSITÉ DE MONCTON
CAMPUS DE MONCTON
Faculté de droit

droitslinguistiques.ca

Le comité éditorial

Rédacteur en chef

Érik Labelle Eastaugh

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

Gestion des articles

Samuel Gagnon

Adjoint de direction, Observatoire international des droits linguistiques, Université de Moncton

Canada	
Michel Bastarache Avocat, société professionnelle 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 périodiquement en format numérique 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.

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 invite 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 que des corrections 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 page 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.

TABLE DES MATIÈRES

ARTICLE SCIENTIFIQUE

ENFORCING PART VII OF THE *OFFICIAL LANGUAGES ACT*: THE STRUCTURE OF S. 41 AS A LEGAL NORM

ÉRIK LABELLE EASTAUGH. 1

RENCENSION

VAN PARIJS, PHILIPPE. LINGUISTIC *JUSTICE FOR EUROPE AND FOR THE WORLD* (OXFORD: OXFORD *UNIVERSITY* PRESS, 2011).

GABRIEL ARSENAULT 52

BLOGUE SUR LES DROITS LINGUISTIQUES

RÉFLEXIONS SUR LES « CIRCONSCRIPTIONS ACADIENNES »

RÉMI LÉGER 57

JE SUIS COMPTÉ, DONC JE SUIS ! *COMMENT* UN SIMPLE CHANGEMENT AU RECENSEMENT CANADIEN AMÉLIORERAIT LE SORT DE LA FRANCOPHONIE HORS QUÉBEC

MARK C. POWER, MARC-ANDRÉ ROY, JUSTIN DUBOIS, JEAN-PIERRE HACHEY, MAXINE VINCELETTE ANIA KOLODZIEJ, JENNIFER KLINCK 59

LES ACADIENS DU NOUVEAU-BRUNSWICK ET LA CONFÉDÉRATION

MICHEL DOUCET, C.R., ... 62

LE LANCEMENT DU LIVRE DE MICHEL DOUCET

MICHEL BASTARACHE CC, C.R. 68

LE TAMAZIGHT EN ALGÉRIE OU L'OFFICIALISATION AU RABAIS

NOURREDINE BESSADI 74

PROCÉDURE DE NOMINATION DU COMMISSAIRE AUX LANGUES OFFICIELLES DU CANADA : À REPENSER

MICHEL DOUCET, C.R., SPÉCIALISTE EN DROIT LINGUISTIQUE 78

WHAT CANADA'S NEW INDIGENOUS LANGUAGES LAW NEEDS TO SAY *AND SAY URGENTLY*

LORENA FONTAINE, DAVID LEITCH, ANDREA BEAR NICHOLAS ET FERNAND DE VARENNES 81

QUELQUES POINTS À RETENIR DE L'AFFAIRE SONIER C. AMBULANCE NOUVEAU-BRUNSWICK INC.

PHILIPPE MORIN 92

LE BILINGUISME DES JUGES À LA COUR SUPRÊME DU CANADA : UN EXEMPLE D'OPPOSITION À L'ÉGALITÉ FORMELLE DES DEUX LANGUES OFFICIELLES

PHILIPPE MORIN 98

LA POLITIQUE 409 RELATIVE À LA PLANIFICATION PLURIANNUELLE DE L'INFRASTRUCTURE SCOLAIRE : LE CAS DE L'ÉCOLE DE SAINT-PAUL-DE-KENT

MICHEL DOUCET, C.R. 115

LE RESPECT DES DROITS LINGUISTIQUES À L'ÉPREUVE DU « BON SENS », LE CAS D'AMBULANCE NOUVEAU-BRUNSWICK

ERIC FORGUES 126

LE TAMAZIGHT EN ALGÉRIE : OFFICIALISATION OU TENTATIVE DE MISE À MORT PAR LE BIAIS DE LA FOLKLORISATION?

NOURREDINE BESSADI 132

LA NÉCESSITÉ DE MODIFIER LA PARTIE VII DE LA *LOI SUR LES LANGUES OFFICIELLES* DU CANADA

ÉRIK LABELLE EASTAUGH 135

LA REVITALISATION DES LANGUES AUTOCHTONES AU CANADA : UN SURVOL DE LA *LOI SUR LES* LANGUES *AUTOCHTONES*

VÉRONIQUE OTIS 153

L'APPLICATION DE L'ARRÊT *JORDAN* AUX RETARDS DÉCOULANT DU RESPECT DES DROITS LINGUISTIQUES

NICKY GAGNON 160

(2017-2020) 4 RDL 1

ENFORCING PART VII OF THE OFFICIAL LANGUAGES ACT: THE STRUCTURE OF S. 41 AS A LEGAL NORM

Érik Labelle Eastaugh*

ABSTRACT

Section 41 of the *Official Languages Act* is a critical component of Canada's language rights architecture but remains poorly understood from a legal perspective. This article explores in detail the nature and structure of s. 41 as a legal norm. The discussion is divided into three parts. Part I conducts a conceptual analysis based solely on the text of s. 41, in order to canvass more systematically than has been done to date the range of interpretive possibilities offered by that provision. To that end, I first consider whether s. 41(2) should be viewed as creating a "right", properly speaking, or rather some other form of duty, and what consequences this might have for its substantive content. Next, I explore in some detail the structure of that duty—or rather, the competing theories as to how that structure should be defined, which I label the Holistic Thesis and the Casuistic Thesis. Part II then sets out to resolve this fundamental ambiguity, and argues that the Casuistic Thesis ought to be preferred. I begin with a detailed analysis of the legislative history of the 2005 amendments to s. 41, which demonstrates that the Casuistic Thesis offers by far the best account of Parliament's intent in adopting those changes. I then briefly consider the specialized interpretive principles applicable to language rights measures, which also support this conclusion. Finally, in Part III, I offer a case study of the Casuistic Thesis in practice by analysing a relatively recent Federal Court decision involving Statistics Canada, which I argue was wrongly decided.

* Érik Labelle Eastaugh est avocat chez CazaSaikaley srl. Il détient un doctorat en droit constitutionnel de l'Université d'Oxford. Le présent texte est tiré de la thèse doctorale de l'auteur, qui tient à remercier le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada pour son appui financier à ce chapitre. L'auteur tient également à remercier Denise Réaume, François Larocque, Nazila Ghanea-Hercock et Alyssa Tomkins pour leurs commentaires qui ont sensiblement enrichi les versions antérieures de ce texte. Évidemment, l'auteur demeure seul responsable de toute erreur ou omission.

Table of Contents

INTRODUCTION 3
PART I – CONCEPTUAL ANALYSIS 8
A - Rights vs duties 8
1) Absolute and relative obligations 8
2) Subjective rights and public interest standing 10
B - The structure of s. 41(2) 16
1) A unitary or manifold obligation? 17
2) A simple or complex duty? The Two Theses 18
3) A brief typology of legal constraints 21
a) Rules 21
b) Standards 22
c) Factors 22
d) Principles 23
e) The composition of the Two Theses 24
PART II – THE ARGUMENT FOR THE CASUISTIC THESIS 25
A - The legislative history of the 2005 amendments 26
1) The old s. 41: a justificatory principle 26
2) The Senate hearings: making s. 41 enforceable on a case-by-case basis 28
a) Executory, not declaratory 29
b) Clarity, certainty and predictability 34
c) Comparisons with ss. 23 and 16.1 of the Charter 37
B - Applying the language rights interpretive paradigm 41
PART III – CASE STUDY: STATISTICS CANADA 45
A - Case background 45
B - Analysis 46
C - Section 41: a beam refracting through different institutional prisms 49
CONCLUSION 50

INTRODUCTION

Part VII of the federal *Official Languages Act* (OLA) is a critical component of Canada's language rights architecture, not least because it currently provides the legislative basis for over $ 1.1 billion in spending by the federal government aimed at supporting official language minority communities (OLMCs).[1] Yet until very recently, the key operative provision of this part, section 41,[2] was viewed as non-justiciable by a range of influential actors, including the federal Department of Justice, a view that was ultimately accepted by the Federal Court of Appeal.[3] As a result, while considered important from a public policy standpoint, s. 41 initially

---

1 Minister of Canadian Heritage and Official Languages, *Education, immigration, communities: roadmap for Canada's official languages, 2013-2018* (Ottawa: Government of Canada, 2013) at 1.

2 The text of s. 41 reads as follows:

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.
(2) Every federal institution has the duty to ensure that positive measures are taken for the implementation of the commitments under subsection (1). For greater certainty, this implementation shall be carried out while respecting the jurisdiction and powers of the provinces.
(3) The Governor in Council may make regulations in respect of federal institutions, other than the Senate, House of Commons, Library of Parliament, office of the Senate Ethics Officer, office of the Conflict of Interest and Ethics Commissioner or Parliamentary Protective Service, prescribing the manner in which any duties of those institutions under this Part are to be carried out.

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 pleine reconnaissance et l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne.
(2) Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que soient prises des mesures positives pour mettre en œuvre cet engagement. Il demeure entendu que cette mise en œuvre se fait dans le respect des champs de compétence et des pouvoirs des provinces.
(3) Le gouverneur en conseil peut, par règlement visant les institutions fédérales autres que le Sénat, la Chambre des communes, la bibliothèque du Parlement, le bureau du conseiller sénatorial en éthique, le bureau du commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique ou le Service de protection parlementaire, fixer les modalités d'exécution des obligations que la présente partie leur impose.

3 These decisions were based on a previous version of s. 41, as outlined further below: *Forum des maires de la Péninsule acadienne v Canada (Food Inspection Agency)*, 2004 FCA 263,

received little attention as a legal norm. In 2005, Part VII was amended to override this interpretation and make s. 41 clearly "executory". Members of the public now have the unequivocal right to apply to the Federal Court for a wide range of legal remedies when that provision has been violated.[4] Nevertheless, the content of s. 41 as a legal norm remains poorly understood. Very few cases involving s. 41 have ever reached the courts (both before and after the 2005 amendments), and existing judgments offer contradictory guidance on issues of fundamental importance.[5] In addition, there is a dearth of academic commentary on the subject. While the implementation of Part VII has been examined by the Commissioner for Official Languages[6] and the Senate,[7] and from the perspective of other disciplines, such as politics, sociology, and public policy and administration,[8] detailed analyses by

[2004] 4 FCR 276 [*Forum des maires*]. See also: *Procureur général des Territoires du Nord-Ouest c Fédération Franco-Ténoise*, 2008 NWTCA 5 at paras 346-47.

4 *Official Languages Act*, RSC 1985, c 31 (4th Supp), s 77(1) [OLA].

5 For instance, compare Picard v Commissioner of Patents, 2010 FC 86, [2011] 2 FCR 192 [Picard] and Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada v Canada (Attorney General), 2010 FC 999, [2012] 2 FCR 23 [FCFA v Canada]. These cases are discussed further below.

6 The Commissioner's office will often commission studies by outside specialists. The following have looked closely at Part VII and related issues: Jean-Claude LeBlanc et al, *A Blueprint for Action: Implementing Part VII of the Official Languages Act* (Office of the Commissioner of Official Languages, 1996); Linda Cardinal & Marie-Ève Hudon, *The Governance of Canada's Official Language Minorities: a Preliminary Study* (Office of the Commissioner of Official Languages, 2001) (electronic resource); Marc Johnson & Paule Doucet, *A Sharper View: Evaluating the Vitality of Official Language Minority Communities*, Report to the Commissioner for Official Languages of Canada (Ottawa: Commissioner of Official Languages, 2006).

7 *Implementation of part VII of the Official Languages Act: We can still do better*, Report of the Standing Senate Committee on Official Languages (Ottawa: Senate of Canada, 2010).

8 See, for instance: Martin Normand, "L'autonomie eu égard à la mise en oeuvre de la partie VII de la *Loi sur les langues officielles*" (2012) 1 Minorités linguistiques et société 229 at 240; Linda Cardinal et al, *Apprendre à travailler autrement : la gouvernance partagée et le développement des communautés minoritaires de langue officielle au Canada* (Ottawa: Chaire de recherche sur la francophonie et les politiques publiques, Université d'Ottawa, 2005) at 24; Linda Cardinal, Stéphane Lang & Anik Sauvé, "Les minorités francophones hors Québec et la ouvernance des langues officielles : portrait et enjeux" (2008) 26 Francophonies d'Amérique 209 at 213; 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 at 153-54; Éric Forgues & Mario Paris, "Impact de l'intervention de l'État sur les communautés minoritaires de langue officielle" (2005) 20 Francophonies d'Amérique 161 at 161; Rodrigue Landry, Éric Forgues & Christophe Traisnel, "Autonomie culturelle, gouvernance et communautés francophones en situation minoritaire au canada" (2010) 29:1 Politique et Sociétés at 110-11; Rodrigue Landry, "Autonomie culturelle, cultures sociétales et vitalité des communautés de langue officielle en situation minoritaire au Canada"

legal scholars are fairly thin on the ground.[9] This article aims to begin filling this gap by offering a detailed analysis of s. 41 as a legal norm.

An important threshold question in this respect has to do with the nature and extent of the constraints s. 41 imposes on federal institutions, as these are not immediately apparent from the text of the provision. Subsection 41(1) sets out a "commitment" to supporting the vitality and development of OLMCs, while s. 41(2) states that all federal institutions have a "duty" to take "positive measures" to implement that commitment. What this implies from a legal standpoint is quite unclear.

Thus far, the Attorney General of Canada (Attorney General) has taken the position that s. 41 merely confers an open-ended discretion on the federal government as a whole, and that it does not give rise to "precise obligations" which might empower the courts to order the adoption of "specific measures" in particular cases.[10] This

[2004] 4 FCR 276 [*Forum des maires*]. See also: *Procureur général des Territoires du Nord-Ouest c Fédération Franco-Ténoise*, 2008 NWTCA 5 at paras 346-47.

9 A few legal scholars have undertaken a direct analysis of the legal effects of Part VII of the OLA: Ingride Roy, "Les diverses solutions « intégratives » et « autonomistes » offertes aux communautés de langue officielle du Canada pour préserver et développer leur spécificité" (2012) 1 Minorités linguistiques et société 115 at 133-38 [Roy]; Michel Doucet, "La partie VII de la *Loi sur les langues officielles* du Canada: une victoire à la Pyrrhus ou un réel progrès" (2007) 9 RCLF 31; Serge Rousselle, "Modifications a la Partie VII de la *Loi sur les langues officielles* : L'obligation de consulter" (2007) 9 RCLF 183 [Rousselle]; Michel Bastarache & Andréa Ouellet, *La portée juridique de la partie VII de la Loi sur les langues officielles du Canada* (1991) [Bastarache & Ouellet]; Michel Doucet, "La décision judiciaire qui ne sera jamais rendue : l'abolition du programme de contestation judiciaire du canada et la Partie VII de la *Loi sur les langues officielles*" (2008) 10 RCLF 27. Its potential effects are also mentioned in passing in a few other places: Pierre Foucher, "Autonomie des communautés francophones minoritaires du Canada : Le point de vue du droit" (2012) 1 Minorités linguistiques et société 90 at 108; Michel Bastarache et al, "Au-delà des nombres : le droit du public canadien à des services fédéraux dans la langue officielle de son choix" (2011) 35 Man LJ 14 at 47; François Larocque, Mark Power & Maxine Vincelette, "Élargissement du concept d'obligation fiduciaire au profit des communautés de langue française en situation minoritaire dans leurs relations avec l'État" (2012) 63 UNBLJ 370 at 413.

10 See for instance *Picard*, *supra* note 5. In that case, an application was brought against the Patent Office and the Commissioner of Patents alleging that the failure to translate all patents approved by the Commissioner was a breach of Parts II, III, IV and VII the OLA. The court declined to rule that patents must be translated *in toto*, holding that, although they are in some sense an official document, patents are nevertheless exempted from the bilingualism requirements imposed on federal laws and regulations or federal communications because they are primarily issued by private persons, and merely endorsed by the Commissioner of Patents after the fact. However, the court found that the Patent Office was nevertheless required under Part VII of the Act to consider the impact of its policies on the broader vitality of the French

argument, which echoes the approach taken by the courts to s. 41 before the 2005 amendments (when it was held to be merely declaratory, and thus non-justiciable),[11] has met with some success,[12] and continues to be advanced by the Attorney General in ongoing litigation.[13] On the other hand, given that the very purpose of those amendments was to overturn the pre-2005 case-law on the matter, it seems incongruous to interpret s. 41 as doing nothing but conferring a purely discretionary power. Indeed, at least one Federal Court judge has rejected the Attorney General's interpretation.[14] In light of this unclear and conflicting case law, it seems important to explore the question more thoroughly.

This article argues that the Attorney General's approach is untenable and ought to be rejected, on two distinct levels. First, section 41 must necessarily be read as imposing a distinct obligation on each federal institution, rather than a single general obligation on the federal government as a whole. Second, s. 41 can give rise to an obligation to adopt specific measures in particular circumstances, the nature and content of which will be dictated by the statutory mandate of the federal institution at issue. Although the language employed by Parliament may appear, when read in isolation, somewhat indeterminate, and thus seem to confer a very

---

language as a vehicle for scientific research. Tremblay-Lamer J took note of the fact that the failure to provide any translation of patents meant that Francophone inventors had, in practice, to operate almost entirely in English, and that—perhaps as a result of this—few patents were ever issued in French. She therefore held that the Commissioner's failure to take steps to provide sufficient materials in French was a violation of the duty under subsection 41(2) of the OLA, and ordered that the patent abstracts be translated. In doing so, she rejected the position advanced by the Attorney General, namely that "Part VII does not impose precise obligations on federal institutions. Rather, it reflects a permanent commitment by the federal government and the fact that measures must be taken, at the discretion of the federal government, to implement that commitment. That discretion means that an applicant does not have a right, under Part VII, to specific measures" (para 61).

11 *Forum des maires*, *supra* note 3 at paras 38, 46.

12 *FCFA v Canada*, *supra* note 5. This case is discussed in greater detail in Part III of this article. On this same point, see also *Canada (Commissioner of Official Languages) v CBC*, 2014 FC 849, [2015] 3 FCR 481 [*Canada v CBC*] (overturned on appeal for other reasons, 2015 FCA 251, [2016] 3 FCR 55), especially at paras 41 and 57-66. Martineau J's decision ultimately did not turn on a ruling with respect to the specific nature and content of the obligations flowing from s. 41, but he considers the issue at some length. Although his initial position, stated at para 41, resembles that of the Attorney General in *Picard* and *FCFA v Canada*, as the analysis develops he arrives at a view much closer to the one being advanced in this article, and for broadly similar reasons.

13 See the reply factum of the Defendants (« Mémoire des faits et du droit des défendeurs (en réponse au mémoire du Commissaire aux langues officielles) ») in Société Franco-manitobaine v Procureur général du Canada et al, Docket T-310-15 (FC) at paras 13-16.

14 *Picard*, *supra* note 5.

broad discretion on federal institutions, properly interpreted it does in fact impose specific obligations. I illustrate this by considering the case of Statistics Canada ("StatsCan"), whose obligations were at issue in *Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada v. Canada (Attorney General)*.[15] I argue that this case was wrongly decided, and that the court ought to have granted the order sought by the applicant.

The questions raised by the Attorney General's argument, and by the interpretation of s. 41 more generally, are highly complex, and this article does not aim to provide a comprehensive account of the content of that provision. My primary aim is to analyse the structure of s. 41 as a legal norm, with a view to clarifying the general circumstances in which it will be enforceable by the courts. I do not attempt to define the protected interests, namely the "vitality" and "development" of official language minority communities, although I allude to them in passing.

The article as a whole is divided into three parts. In Part I, I engage in some basic conceptual analysis based solely on the text of s. 41, in order to canvass in a systematic way the range of interpretive possibilities offered by that provision. First, I consider whether s. 41(2) should be viewed as creating a "right", properly speaking, or rather some other form of duty, and what consequences this might have for its substantive content. Second, I explore in some detail the structure of that duty—or rather, the competing theories as to what that structure is, which I have labelled the Holistic Thesis and the Casuistic Thesis. In Part II, I set out to resolve this fundamental ambiguity, and argue that the Casuistic Thesis ought to be preferred. I begin with a detailed analysis of the legislative history of the 2005 amendments, which demonstrates that the Casuistic Thesis offers, by far, the best account of Parliament's intent in adopting those changes. I then briefly consider the specialized interpretive principles applicable to language rights measures, which also support this conclusion. Finally, in Part III, I turn to the above-mentioned case involving StatsCan, using this as a case study of the Casuistic Thesis in practice.

[15] FCFA v Canada, supra note 5.

PART I – CONCEPTUAL ANALYSIS

A - Rights vs duties

1) ABSOLUTE AND RELATIVE OBLIGATIONS

At first blush, it may seem that the most obvious question to ask is whether Part VII can be said to create any "rights". Section 41 is described as a "language rights" provision by those who support an expansive interpretation.[16] Others, who wish to limit its legal effects, deny that it creates or entrenches any rights, and assert that it merely imposes an "obligation" on the federal government.[17] The upshot, according to the latter view, is that the implementation of s. 41 is entirely a matter of executive discretion, as it does not confer an entitlement to "specific measures".[18] The claim that s. 41 creates a right, by contrast, would seem to imply the existence of just such an entitlement. Thus, a great deal would appear to turn on the question of whether or not s. 41 can be said to create any "rights".

The argument for saying that s. 41 does not create rights trades on a familiar distinction between rights and duties. While these are often connected in practice, they are conceptually distinct.[19] Though rights necessarily imply the existence of a correlative duty, [20] the opposite is not always true. Duties can exist which are not grounded in a right, and which do not give rise to one.[21]

This distinction is often framed in procedural terms. Hart, for instance, argued that "it is … characteristic of those laws that confer rights (as distinguished from those that only impose obligations) that the obligation to perform the corresponding duty is made by law to depend on the choice of the individual who is said to have the right or the choice of some person authorized to act on his behalf."[22] Austin, for his

---

16 See, for instance: Rousselle, *supra* note 9 at 184; Roy, *supra* note 9 at 135.

17 *Picard*, *supra* note 5 at para 59.

18 *Ibid* at para 51.

19 Joseph Raz, *The morality of freedom* (Oxford: Clarendon Press, 1986) at 210 [Raz].

20 See, for example, *ibid* at 166. Judicial endorsements of this view can be found in *R v Beaulac*, [1999] 1 SCR 768, 173 DLR (4th) 193 at para 20, and Wilson J's dissent in *MacDonald v City of Montreal*, [1986] 1 SCR 460, 27 DLR (4th) 321 at para 159 [*MacDonald*].

21 Leslie Green, "Two views of collective rights" (1991) 4 Can JL & Jurisprudence 315 at 317.

22 Herbert Lionel Adolphus Hart, "Definition and theory in jurisprudence" in *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Clarendon Press, 1983) at 35 [Hart].

part, distinguished between "absolute" obligations and "relative" ones, only the latter of which had a correlative right.[23]

Given that section 41(2) is, on its face, framed as a duty, we might legitimately ask whether it falls within the category of Austin's "absolute" obligations, or whether it is, instead, a rights-creating norm. By asserting that s. 41 merely creates an "obligation" and not a "right", the Attorney-General in *Picard* was clearly invoking this kind of distinction.[24] However, the OLA itself provides a ready answer to this question. Since 2005, Part VII is subject to judicial enforcement by individual petition. Any party with standing to bring a claim to Federal Court under Part X of the Act can apply for a remedy if s. 41(2) has been breached. Insofar as the distinction between absolute and relative obligations consists in the ability of individuals to enforce them directly, it seems clear that the duty imposed by s. 41(2) is relative, and therefore has one or more correlative rights.[25] As Bentham noted, "[w]hat you have a right to have me made do, is that which I am liable according to law upon a requisition made on your behalf to be punished for not doing".[26]

In other words, given that the distinction between "absolute" and "relative" obligations is largely procedural in nature,[27] the OLA is unambiguous. Under the relevant rules set out in Part X, members of the group that s. 41 is intended to benefit (OLMCs) have standing to enforce violations of the duty it imposes in court. While that standing is not exclusive, exclusivity of standing is not itself a necessary

---

[23] "A relative obligation is incumbent upon one party, and correlates with a right residing in another party. Changing the expression, a relative obligation corresponds or answers to a right, or implies, and is implied by, a Right. Where an obligation is absolute, there is no right with which it correlates. There is no right to which it corresponds or answers. It neither implies, nor is implied by a right." John Austin, *Lectures on jurisprudence, or, The philosophy of positive law*, 5th ed/rev and edited by Robert Campbell (London: JMurray, 1885) at 347 (electronic resource).

[24] See note 10.

[25] Consider the comments of the Supreme Court in *Newfoundland and Labrador v AbitibiBowater Inc.*, 2012 SCC 67, [2012] 3 SCR 443 at para 46: "Whether, in the regulatory context, an obligation always entails the existence of a correlative right has been discussed by a number of scholars. Various theories of rights have been put forward… However, because the Province issued the orders in this case, it would be recognized as a creditor in respect of a right no matter which of these theories was applied. As interesting as the discussion may be, therefore, I do not need to consider which theory should prevail. The real question is not to whom the obligation is owed, as this question is answered by the statute, which determines who can require that it be discharged." [emphasis added].

[26] Cited in: Hart, *supra* note 22 at 34.

[27] Robert Alexy, *A theory of constitutional rights* (Oxford: Oxford University Press, 2002) at 112 [Alexy].

property of rights,[28] and so this distinction seems of little significance. On this level at least, the distinction asserted by the Attorney General in *Picard* amounts to little more than a "verbal controversy".[29]

2) SUBJECTIVE RIGHTS AND PUBLIC INTEREST STANDING

Nevertheless, there is a further wrinkle to this question, which has to do with the relationship between the rules on standing and the existence of a right. The rules on standing under Part X of the OLA are exceptionally broad, to the point of potentially blurring the line between absolute and relative obligations in a way that has some possible implications for the interpretation of s. 41.

An application to the Federal Court for a judicial remedy can be made by any person who has filed a complaint about the issue with the Commissioner of Official Languages.[30] A complaint to the Commissioner, for its part, can be made "by any person or group of persons, whether or not they speak, or represent a group speaking, the official language the status or use of which is at issue".[31] Because the rule specifies that the complainant need not speak the language at issue, it is not necessary that a person be directly affected by the putative violation in order to have standing to file a complaint.[32] Anyone with knowledge of a breach may initiate proceedings before the Commissioner and, ultimately, before the Federal Court.

---

[28] Consider the holding in *R v Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 SCR 295, 18 DLR (4th) 321 where the Supreme Court of Canada stated that any person may challenge the constitutionality of a law under the Charter when they are the subject of enforcement proceedings under that law, even if they themselves are incapable of bearing the right allegedly being violated. The fact that Big M Drug Mart, as a corporation, might not itself directly benefit from s. 2 (freedom of religion), but could still obtain enforcement of that provision, does not prevent it from being described as a right.

[29] John William Salmond, *Salmond on jurisprudence*, 11th ed by Glanville Williams (London: Sweet & Maxwell, 1957) at 265.

[30] OLA, *supra* note 4, s 77(1).

[31] *Ibid*, s 58(2).

[32] *Forum des maires*, *supra* note 3 at para 18.

Thus, the OLA in effect grants public interest standing[33] to all members of the public, whether as individuals or as a group.[34] This may arguably have some relevance to the question of whether or not s. 41 creates a right.

The paradigm case of an "absolute", non-rights-creating obligation is a duty imposed by a penal statute, the enforcement of which is left entirely to public authorities. While all members of the public are *beneficiaries* of the duty, it cannot be said to confer on them a subjective right.[35] A similar example would be the duty to refrain from committing a public nuisance, which is a duty towards "the public at large" or "indeterminate portions of the public" which does not give rise to a correlative individual right.[36]

---

[33] The issue was very recently argued in the context of an interlocutory motion to file supplementary affidavit: *Dionne c Bureau du surintendant des institutions financières*, 2016 CF 506. Locke J held (at para 25) that applications under Part X of the OLA are in the public interest. See also: *Thibodeau v Air Canada*, 2005 FC 1156, [2006] 2 FCR 70 at paras 73-80, and *Thibodeau v Air Canada*, 2011 FC 876, [2013] 2 FCR 83 (overturned in part, 2012 FCA 246, [2013] 2 FCR 155 (affirmed, [2014] 3 SCR 340, 377 DLR (4th) 193)) at paras 97-106. The concept of public interest standing is defined as follows: "if there is a serious justiciable issue as to the law's invalidity, 'a person need only to show that he is affected by it directly or that he has a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation and that there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the Court'": *Canada (Attorney General) v Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, [2012] 2 SCR 524 at para 18, citing *Minister of Justice of Canada v Borowski*, [1981] 2 SCR 575, 130 DLR (3d) 588. Interestingly, section 58(2) of the OLA appears to be even more liberal than this, as it does not (on its face at least) impose any requirement that the applicant demonstrate that there is no other reasonable and effective way in which the issue may be brought to the courts.

[34] On a related issue, see: *Canada (Commissioner of Official Languages) v Canada (Department of Justice)*, 2001 FCT 239, 194 FTR 181 at paras 95-102 [*Canada v Canada*]. In proceedings initiated under Part X of the OLA, both the Commissioner of Official Languages and the complainant made arguments based on the Charter, which is not expressly listed as a basis for an application to the Federal Court under Part X. Nevertheless, both were granted public interest standing to make those arguments.

[35] Consider this example, which Alexy uses to illustrate this point: "The law which introduces a protectionist import duty in the interest of certain industries is to the *advantage* of workers in those industries, it *supports* them and *protects* them in their work, and yet it does not grant them any *rights*. All there is, is a *reflex-effect*, a relationship which bears great similarity to a right, but which must therefore be distinguished all the more carefully from it": Translation of a German case, R. v. Ihering, *Geist des römischen Rechts auf den versichiedenen Stufen seiner Entwicklung*, part 3, 5th ed (Leipzig, 1906), cited in Alexy, *supra* note 27 at 112.

[36] John William Salmond, *Salmond on Jurisprudence*, 11th ed by Glanville Williams (Sweet & Maxwell 1957) 265, cited by Wilson J in *MacDonald*, *supra* note 20 at para 156.

If, then, the rules on standing under the OLA are meant to empower individuals as agents of the public as a whole, rather than subjective rights-holders, this might plausibly have some bearing on the interpretation of provisions like s. 41, which are described in terms of duties rather than rights. One might say that duties imposed on federal institutions (as opposed to measures that explicitly confer a subjective right, like s. 4(1) of the OLA[37]) exist to serve the public interest, rather than to protect individual rights. This reading of the Act could be reinforced by highlighting the role afforded the Commissioner, both in the initial complaints process and later in the judicial context, where he is empowered to prosecute, with the benefit of public funds, claims initiated by private complainants.[38] The Commissioner, as a public official carrying out a statutory mandate, is bound to act in the public interest.[39]

In response, one could of course seek to recast the above examples of absolute obligations in the language of rights. One might say that "the public", as a whole, is granted a right—the right to be free from nuisances—and that the representative or agent of the public, the state, is granted the power to exercise that right. Viewed in these terms, the conceptual distinction between an absolute and a relative obligation appears to dissolve, making it irrelevant as a matter of statutory interpretation.

Nevertheless, an important distinction arguably remains—the distinction, that is, between a duty corresponding to a "privately" enforceable right and one that does not vest a right in any determinate person other than the state. If a legal right vests in the state as a stand-in for the public at large, this might be because the underlying moral right is collective in nature, meaning that individuals, as such, have no subjective claim to the right.

We can illustrate this possibility by using Raz's concept of a collective right. Raz asserts that there exists a certain class of goods, public goods, to which no individual right can exist.[40] Examples include the existence of a cultured society, or self-determination. Although individuals may have an interest in securing access

---

37 "4. (1) English and French are the official languages of Parliament, and everyone has the right to use either of those languages in any debates and other proceedings of Parliament."

38 See OLA, *supra* note 4, s 78.

39 The Commissioner has a "social mission of such broad scope": *Lavigne v Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 SCR 773, 214 DLR (4th) 1 at para 35. See also: *Canada v Canada*, *supra* note 34 at paras 95-102.

40 Raz, *supra* note 19 at 198: "A good is a public good in a certain society if and only if the distribution of its benefits in that society is not subject to voluntary control by anyone other than each potential beneficiary controlling his share of the benefits." This definition essentially mirrors the one used by economists, who define a public good as non-exclusionary and non-

to such goods, that interest is not sufficient to justify the imposition of a duty to provide them, as the interference with other interests that this would entail is too great.[41] However, the collective interest of the public at large may be enough to validate these intrusions.[42]

Whether or not this is an adequate account of collective rights as a general matter,[43] there are certainly cases in which it holds true. It therefore serves to demonstrate that the existence of a public duty to provide a good, grounded in a right belonging to the public as a whole, does not always imply the existence of an individual right to that particular good. Moreover, as Raz also points out, rights-based public duties do not exhaust the range of cases in which there are "absolute" duties, given that duties can be justified on grounds other than rights.[44] In other words, a public duty could be justified on the basis of some other moral or policy consideration having nothing to do with rights, which would also obviate any claim that there exists a subjective moral right to its performance.

Based on this line of thought, one might attempt to argue that the s. 41 duty, while enforceable by way of "private" petition, does not correspond to any (individual or collective) subjective moral right. Of course, the immediate impact of such a conclusion is likely to be quite mitigated. The s. 41 duty is explicitly framed in terms of the interests of OLMCs, rather than the public at large, for the obligations of federal institutions are defined in terms of the "vitality" and "development" of these communities. A court will have no choice but to consider those interests, whatever they are. Nevertheless, it would still be possible for one to argue that the s. 41 duty is *justified* on the basis of a general public interest, rather than OLMC interests, even though its content is defined in terms of the latter. This could in principle have some impact on the way in which the duty is interpreted.

There is in fact some precedent for such an approach under international law. The European Charter for Regional and Minority Languages (ECRML)—which similarly aims to support and protect vulnerable minority languages—was

---

rival. On this point, see Denise Réaume, "Individuals, Groups, and Rights to Public Goods" (1988) 38:1 UTLJ 1 at 3 [Réaume].

41 According to Raz, *supra* note 19 at 203, given the nature of a collective good, providing it "affects the life and imposes constraints on the activities of the bulk of the population, in matters which deeply affect them."

42 *Ibid* at 208.

43 And it may not be: Réaume, *supra* note 40 at 6; Dwight G Newman, *Community and collective rights: a theoretical framework for rights held by groups* (Oxford: Hart, 2011) at 76.

44 Raz, *supra* note 19 at 210.

conceived, not as a minority rights treaty, but as an instrument for protecting a cultural heritage belonging to all member states of the Council of Europe. The ECRML is described both in official documents and in academic commentary as following a "cultural approach", because it is focused on the preservation of languages and not linguistic minorities.[45] When the treaty was first drafted in the early 1980's, it was believed that the goal of protecting endangered languages would be better served by this approach, rather than one revolving around individual or collective rights for minority language speakers.[46] Minorities, as such, were thought to be adequately protected by the existing human rights framework,[47] and the conventional wisdom at the time was that a rights-centered approach to altering state language policy would fail to gain any traction, given the widespread perception that robust minority-specific rights are a threat to political stability.[48] It was hoped that a charter centered on protecting cultural diversity, rather than minorities, might avoid this pitfall, while still providing substantial protection for the languages concerned.[49]

The underlying premise of the cultural approach is that cultural diversity constitutes an *asset,* the value of which redounds to the benefit of society as a whole, not just the individual members of a minority whose cultural or linguistic particularities are the target of special protective measures. It is therefore analogous to the logic

---

45 As the Explanatory Report states, "the charter's overriding purpose is cultural. It is designed to protect and promote regional or minority languages as a threatened aspect of Europe's cultural heritage... not linguistic minorities." Council of Europe, *Explanatory Report to the European Charter for Regional or Minority Languages*, European Treaty Series-148 (Strasbourg, 1992) at paras 10-11.

46 S Gramstad, "The Charter's monitoring mechanism: a practical perspective" in *Minority language protection in Europe: Into a new decade*, Regional or Minority Languages No 8 (Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010) 29 at 29.

47 Council of Europe, Framework Convention for the Protection of National Minorities and Explanatory Report, H (95) 10 (Strasbourg: Council of Europe, 1995) at para 2.

48 This perception was largely a legacy of the Minorities Treaties system put in place between the first and second world wars. The rights created by those treaties were widely thought to have contributed significantly to the destabilization of the European political order. Will Kymlicka, *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights* (Oxford: Clarendon Press, 1995) at 57-58.

49 Secretary General of the Council of Europe, Application of the European Charter for Regional or Minority Languages - Biennial report by the Secretary General to the Parliamentary Assembly, Doc. 11442 (Parliamentary Assembly of the Council of Europe, 2007): "The Charter's departure from the traditional approach of protecting ethnic groups, preferring instead to emphasize the protection and promotion of their languages, was aimed also at those States that claim to have no national minorities."

underpinning environmental protection in most states.[50] Though measures intended to protect a particular aspect of the environment, like a beautiful lake, may benefit some individuals more than others (i.e. those living closest to the lake), the underlying purpose or justification for the regulation is the view that all those who inhabit that jurisdiction benefit in some way from its continued existence. Similarly, under the "cultural approach", cultural diversity is seen as benefiting all those who can or do come in contact with it, whether or not they themselves happen to be "practitioners" of a protected culture.[51]

Although the OLA clearly does not adhere to this approach in a wholesale way, there are some points of similarity between it and the ECRLM. For instance, one of the purposes of the OLA is to protect the English and French *languages*, as such, quite apart from any specific legal rights that might be created for individuals or groups. As Part VII as a whole is entitled "Advancement of English and French", it seems logical to think that s. 41(2) has some connection with this objective, and that its measures might in fact be justified in terms of a broader public interest in maintaining OLMCs.[52] Furthermore, the courts have on occasion emphasized the importance of language rights provisions to the political stability of Canada as a whole, making them a matter of general rather than merely special interest.[53]

If one were to conclude that the s. 41 duty is justified by a general public interest rather than a special one, this could in principle have some impact on the extent of that duty. It is certainly conceivable that there might be situations in which the public interest in the vitality of OLMCs is markedly less intense than that of these groups themselves. More generally, the public interest might be satisfied by smaller and less vibrant linguistic minorities than OLMCs themselves would prefer. If the s. 41 duty were held to be grounded in a public interest, and not the subjective

---

50 Jean-Marie Woehrling, The European Charter for Regional or Minority Languages: a critical commentary (Strasbourg: Council of Europe, 2005) at 20.

51 See, for example: François Grin, "Combining immigrant and autochtonous language rights: a territorial approach to multilingualism" in Robert Phillipson, Mart Rannut & Tove Skutnabb-Kangas, eds, *Linguistic human rights: overcoming linguistic discrimination*, Contributions to the sociology of language ; 67 Y (Berlin: De Gruyter, 1994) at 34.

52 In fact, s. 41(1)(b) of the OLA states that the Government of Canada is committed to "fostering the full recognition and use of both English and French in Canadian society."

53 "[R]ights regarding the English and French languages … are basic to the continued viability of the nation", *R v Mercure*, [1988] 1 SCR 234 at p 269, 48 DLR (4th) 1 [*Mercure*], recently reiterated in *Thibodeau v Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 SCR 340 at para 4 [*Thibodeau*]. The OCA made similar comments in a related case: "No doubt with a view to the future strength and unity of the country, [the Charter] has made provision for minority language education rights", *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights*, 47 OR (2d) 1, 10 DLR (4th) 491 (OCA) at para 80.

interest of OLMCs, this could therefore result in a lower threshold of protection. By contrast, to say that the duty is justified by an underlying right of OLMCs is to create a presumption that general considerations of public interest are not a sufficient reason to override or minimize it.[54] Rights violations are assumed to be exceptional and place a heavy burden on governments seeking to justify them.[55]

This is an important question, but for the moment it can be set aside. While the *intensity* of the s. 41 duty may vary in some cases depending of which of these two modes of justification one adopts, its basic structure as a legal norm is unaffected by them. Either way, it remains the case that the s. 41 duty is directly enforceable by its putative beneficiaries, and thus constitutes—from a legal standpoint, if not necessarily a normative one—a species of subjective right. The debate over its content therefore cannot turn on the distinction between an absolute and a relative obligation, as Parliament has clearly opted to establish the latter.

B - The structure of s. 41(2)

The true controversy, it seems to me, has to do not with the right/duty dichotomy, but with another aspect of the Attorney General's argument, namely, whether s. 41(2) can be said to impose any "precise obligations", such that a complainant would be entitled to "specific measures" of some kind.[56] Whether or not the Attorney General's position is correct on this point does not depend upon whether one characterizes the duty set out in s. 41(2) as being "relative" or "absolute", as this distinction is irrelevant here. It is perfectly coherent to say that a duty, while enforceable by private (i.e. non-governmental) parties, is minimalistic, at least insofar as its justiciable content is concerned.[57]

On the Attorney General's reading of it, s. 41(2) imposes a unitary and indivisible obligation on the federal government as a whole, and leaves the choice of means or fulfilling it entirely to the government's discretion. A court seized of a complaint under s. 41 must therefore

---

[54] In *Canada v CBC*, *supra* note 12 (overturned on appeal for other reasons, 2015 FCA 251, [2016] 3 FCR 55) at para 42, Martineau J made this very point with respect to section 41, albeit without describing it as being justified by an underlying right.

[55] See *R v Oakes*, [1986] 1 SCR 103, 26 DLR (4th) 200 at para 66; *Mercure*, *supra* note 53 at pp 267-68.

[56] *Picard*, *supra* note 5 at para 61.

[57] There may of course also be political consequences, which are not within the power of the courts to enforce: *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 SCR 753, 125 DLR (3d) 1.

> have regard to all of the government's activities in respect of official languages, while giving great deference to the government's discretionary choices. In particular, that deference should be expressed in reluctance to order or direct the expenditure of public funds, a matter within the authority of elected representatives.58

In short, if some part of the federal government is taking measures to support the vitality and development of OLMCs, there can be no breach of s. 41 in any particular case, even if the specific institution against whom the complaint has been brought has taken no action whatsoever. As a result, Part VII cannot be said to impose precise obligations on particular institutions, and no party is entitled to request that the court order specific measures of any kind, other than those flowing from the generally applicable rules of administrative law.[59]

This interpretation in fact consists of two distinct claims: that the s. 41(2) duty is (1) unitary, rather than manifold; and (2) simple, rather than complex. Each of these claims is mistaken, although explaining why is more straightforward for the first than it is for the second. In the remainder of this section, I will explore these distinctions in an attempt to map out the range of possible interpretations we might place on s. 41(2). I conclude that there are two basic schemas that one could apply when interpreting that provision, which I label the Holistic Thesis and the Casuistic Thesis.

1) A UNITARY OR MANIFOLD OBLIGATION?

The assertion that s. 41(2) imposes a *single* duty on the *entire* federal government, viewed as a unified whole, is clearly mistaken. Firstly, this notion is squarely at odds with the language of s. 41(2) itself, which states that "[e]very federal institution has the duty" to take the requisite measures. The obligation is framed in terms of individual federal institutions, suggesting that each of them has a free-standing duty towards OLMCs. If Parliament had intended for the obligation to apply to the federal government as a whole, it would have used the term "Government of Canada", which appears elsewhere in the Act.[60] "Federal institution" is a defined term with a much narrower meaning than "Government of Canada", as it refers to sub-components of the latter.[61] In fact, the original version

---

58 *Picard*, *supra* note 5 at para 60.

59 *Ibid* at para 61.

60 For example, s. 10(1): "The Government of Canada shall take all possible measures to ensure that any treaty or convention between Canada and one or more other states is authenticated in both official languages."

61 OLA, *supra* note 4, s 3(1).

of s. 41 referred only to the latter; a reference to federal institutions was only added as part of the 2005 amendments. The clear implication of this change was therefore to stipulate (or at least clarify) that each *part* of the government has its own obligations under Part VII of the Act.

This reading is reinforced by s. 42 of the OLA, which states that the Minister of Heritage must "encourage and promote a coordinated approach to the implementation by federal institutions of the commitments set out in section 41". If the Attorney General's view were correct, and the s. 41(2) duty applied to the federal government as a whole, the latter could, if it wished, channel all s. 41 programs and measures through a single department. However, Parliament's choice to impose a duty on Heritage Canada to coordinate activities across the federal government makes sense only if one assumes that each federal institution is expected to take measures in furtherance of s. 41 on its own initiative. The Attorney General's interpretation would therefore render s. 42 entirely superfluous. The better view is to recognize, as Martineau J did in *Canada (Commissioner of Official Languages) v CBC*, that

> in a singular manner, Part VII of the OLA expresses the will of Parliament to place the federal apparatus at the service of a larger societal project that will encompass and surpass it, namely, the advent of a Canada that fully recognizes the equality of English and French, and in which official language minorities flourish. Bringing such an ambitious project to fruition will require a comprehensive, coordinated and a necessarily polycentric approach.62

2) A SIMPLE OR COMPLEX DUTY? THE TWO THESES

The other component of the Attorney General's position—that the s. 41(2) duty amounts to nothing more than a requirement to do something rather than nothing—is on firmer ground from a strictly textual standpoint. The wording of s. 41(2) does not, on its face, appear to dictate the use of any particular measure.[63] It is therefore not unreasonable to believe that federal institutions enjoy substantial discretion in selecting the means for carrying out their duties under that provision. Like all discretionary power, it would be limited (a point I will discuss further below), but there is some force to the argument that s. 41 does not, as a general matter, impose "specific obligations", if by that one means an obligation to take a particular measure in specific circumstances. At the very least, it seems certain that federal

---

62 *Canada v CBC*, *supra* note 12 at para 37.

63 For ease of reference, here is the language of that provision once again: "Every federal institution has the duty to ensure that positive measures are taken for the implementation of the commitments under subsection (1)."

institutions enjoy *some* measure of discretion. The real question is therefore what constraints are placed on that discretion by s. 41 as a whole.

At this point, it is worth noting that there are at least two axes along which the legal constraints on s. 41(2) discretion must necessarily operate. The first is the *eligibility* of a given measure, while the second is its *sufficiency*. By eligibility, I am referring to whether or not a particular measure counts as a "positive measure" within the meaning of s. 41. Sufficiency, by contrast, refers to the question of whether the measures taken by a given institution are enough to discharge its duty under s. 41(2). Constraints will necessarily exist along each of these fronts, regardless of one's ultimate position on the question we are examining here—i.e. whether s. 41(2) imposes "precise obligations" to take "specific measures". Even if one accepts the reading of s. 41(2) defended by the Attorney General in *Picard*, the "something", in order to count as such, must meet some criterion for eligibility, and it must be non-trivial to count as genuine action.[64]

However, I will put the question of eligibility aside for the time being, as the more pressing concern is the structure of the sufficiency criterion. Broadly speaking, we might say that there are two plausible theories as to the structure of that criterion, as evidenced by the cases argued to date. One theory, derived from the Attorney General's position in *Picard*—though modified to take into account the fact that the "unitary thesis" is clearly unsound, as outlined above—would be that federal institutions have a holistic duty to take positive measures (the "Holistic Thesis"). That is, each institution would have a duty to take positive measures, the choice of which would be left entirely to its discretion, subject only to a standard of reasonableness,[65] to be applied in the aggregate. No one would be entitled to apply to the Federal Court for an order requiring a federal institution to take this or that

---

[64] During the Senate hearings on the 2005 amendments, the lawyers for the Department of Justice conceded that a decision to spend only $1 on OLMC programs could be quashed on grounds of irrationality or unreasonableness: Senate of Canada, *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. First Session: Thirty-seventh Parliament, 2001-02. Issue No. 27: Bill S-32, An Act to amend the Official Languages Act (fostering of English and French)* at 18 [Senate of Canada].

[65] *Ibid*.

specific action; at most, one could obtain a declaration that the institution had failed to adopt sufficient measures.[66] This would appear to be the holding in *FCFA*.[67]

The alternative theory would be that the criterion of sufficiency is more targeted than this. Under this theory, *individual* measures or actions could be assessed by the courts for their sufficiency, as well as the overall package of measures adopted by the institution as a whole. This in turn would imply (or rather presume) that there exist obligations to act in particular circumstances or contexts (the "Casuistic Thesis"). This broadly reflects the holding in *Picard*.

At first glance, it may appear as though there is a very strong textual argument in favour of the Holistic Thesis. This argument rests on the observation that the reference to "positive measures" is indeterminate, which suggests, when read in isolation, that Parliament intended to leave the choice of which measures to adopt to the discretion of federal institutions themselves. However, such an argument cannot withstand serious scrutiny. Statutory language must not be read in isolation, or without giving any thought to the underlying purpose of the provision. In that vein, one must necessarily keep in mind that s. 41(2) was intended to apply to all federal institutions, of which there are several dozen operating in countless different fields. As the Supreme Court has noted, it is important that public law standards provide flexibility when they apply to "the full galaxy of federal decision-makers … who operate in different decision-making environments under different statutes with distinct grants of decision-making powers".[68] Thus, the indeterminate character of the expression used to denote the substantive content of the s. 41(2) duty could simply flow from the fact that Parliament sought to impose a generic duty on a highly disparate range of entities.

How then are we to decide which of the Two Theses is correct? Ultimately, this ambiguity will have to be resolved using sources outside s. 41 itself, mainly the Parliamentary debates leading to the 2005 amendments and the principles of interpretation applicable to language rights norms. However, before turning to

---

66 In light of recent judgments, it would be difficult, in the context of such a duty, to obtain anything in the way of a mandatory order from the courts. Given the very open-ended nature of the duty, the only sensible relief would be a structural order of the sort issued in *Doucet-Boudreau v Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 SCR 3 [*Doucet-Boudreau*]. Yet in a recent case under the OLA, the Supreme Court struck down a structural order granted by the Federal Court for lack of clarity: *Thibodeau*, *supra* note 53 at paras 119-32. Given the comparative specificity of the legal obligations at issue in that case relative to those flowing from the Holistic Thesis, it seems highly unlikely that any structural order defensible in terms of the latter would pass muster with the courts.

67 See note 12.

68 Canada (Citizenship and Immigration) v Khosa, [2009] 1 SCR 339 at paras 28, 33.

those sources, it would be helpful to spell out in somewhat greater detail the possibilities available when interpreting s. 41(2) based on the text alone. More specifically, I would like to briefly consider some of the different types of legal constraints that might apply under each of the Two Theses. This will give us a better sense of the practical consequences of selecting one over the other, and thus better enable us to assess how well each thesis aligns with the purpose and aims of s. 41, as revealed by its legislative history and the relevant interpretive principles.

3) A BRIEF TYPOLOGY OF LEGAL CONSTRAINTS

While all legal norms have in common that they count as reasons for action in the context of the legal system,[69] it is often necessary to distinguish between different types of legal norms, because their effect on judicial decision-making can vary. In this vein, Cass Sunstein has outlined a typology of legal constraints on discretion which will be helpful in thinking through the options presented by s. 41(2). Four of Sunstein's categories are of particular interest to us here: rules, standards, factors and principles.[70]

a) Rules

According to Sunstein, a rule can be defined as "the full or nearly full before-the-fact assignment of legal entitlements, or the complete or nearly complete before-the-fact specifications of legal outcomes".[71] In other words, the aim of a rule is to specify the content of the law as much as possible in advance of particular cases, leaving very little to the judgment of individual decision-makers. A speed limit is the paradigm case of a rule. In the purest of cases, rules require only that one ascertain the facts, as the law is already known.[72] Rules will of course usually be justified by some principle or policy consideration. However, the latter tend to be much broader than the rule itself. One might therefore add that a rule "captures the background principle or policy in a form that from then on operates independently".[73] As a result, it can be over- or under-inclusive relative to the underlying policy or principle.

---

69 Alexy, *supra* note 27 at 45.

70 Sunstein also lists rules with exclusions, presumptions, guidelines and analogies as part of his typology. However, those categories are not relevant here. See generally: Cass R Sunstein, *Legal reasoning and political conflict* (New York ; Oxford: Oxford University Press, 1996) at 21–33 [Sunstein].

71 *Ibid* at 22.

72 *Ibid*.

73 Kathleen M Sullivan, "Foreword: The Justices of Rules and Standards" (1992) 106 Harv L Rev 22 at 58 [Sullivan].

b) Standards

Standards, by contrast, are somewhat more open-textured than rules. Standards are norms that rely on terms whose meaning is indeterminate, i.e. which cannot be known fully in advance: for example, a requirement that conduct be "reasonable", or that guilt be proved "beyond a reasonable doubt".[74] The content of standards must therefore be established casuistically, because their concrete requirements cannot be stated fully in the abstract.[75] As a result of this, a standard "tends to collapse decision-making back into the direct application of the background principle or policy to a fact situation".[76] Nevertheless, standards are like rules in that they have a binary character, and are "always either fulfilled or not".[77]

c) Factors

In some cases, however, the legal constraints on discretion do not have such a binary character. Instead, the legislator has enumerated a list of factors that must be considered, and on which any decision must ultimately be based, without intending to draw any particular line. This type of approach is especially common in administrative law.[78] A factor-based norm requires the decision-maker to engage in what Sunstein calls "weighing",[79] or what is sometimes called "balancing".[80] Although the relevant considerations have been stipulated in advance, their relative importance can only be assessed on a case-by-case basis. Because of this, factors tend to produce a "range" of possible outcomes, rather than stipulating a binary evaluation.[81]

---

74 Sunstein, *supra* note 70 at 27.

75 Compare the above examples of a standard with the rule stating that one may not drive faster than 100km/h on the highway. The content of that requirement does not require any appreciation of the particular circumstances of individual cases. (Whether or not there are valid excuses is a different question).

76 Sullivan, *supra* note 73 at 58.

77 Alexy, *supra* note 27 at 46. Alexy makes this statement in reference to "rules", but his concept of a rule is broader than Sunstein's and encompasses what the latter calls a standard.

78 See, for example, Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v Laseur, 2003 SCC 54, [2003] 2 SCR 504 at para 41; Baker v Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 SCR 817, 174 DLR (4th) 193 at paras 21-28 [Baker].

79 Sunstein, *supra* note 70 at 28.

80 Sullivan, *supra* note 73 at 60.

81 For example, consider *Dunsmuir v New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 SCR 190 at para 47 [*Dunsmuir*].

For instance, the limits on regulatory power are often structured using a list of factors, which constrain the decision-making *process* leading up to the enacting of regulations, without imposing a binary determination as to the validity of the content of the final decision.[82] Unfortunately, this feature of regulatory power is easily obscured by the fact that regulations are subject to judicial review on the basis of "reasonableness", which appears to indicate that there is, in fact, a binary norm in operation. But describing the adoption of the regulations (as opposed to the decision to quash them) as the *application* of a standard would be misleading, and so the distinction is an important one.

Despite this fundamental difference, however, factors and standards are often closely connected, as the above example of judicial review suggests. The content of standards is often defined *in terms of* various factors, which is why standards are generally difficult to define with any precision in the abstract. The question of whether or not a person has met her duty of care under the law of negligence is a good example. Determining whether or not a person has exercised reasonable care requires that one balance a variety of factors, the precise nature and weight of which cannot be determined in advance of knowing the facts of a given case. Furthermore, there may in fact be a range of potentially reasonable courses of action that person might have taken. However, in the final analysis, the court is required to make a binary determination as to "reasonableness".

d) Principles

Finally, principles, as legal norms, are "both deeper and more general legal rules".[83] As Sunstein uses the term, its meaning is somewhat flexible. A principle can be a proposition that *justifies* a rule or set of rules—e.g. the principle that one ought to keep one's promises is held to justify many of the rules of contract law. Principles in this sense generally do not offer a direct or concrete resolution to specific cases, but may serve to guide the interpretation of applicable rules. On the other hand, the term principle can also be used to describe "explicitly formulated" propositions that, rather than justifying a rule, bear directly on the resolution of a case as a relevant factor (e.g. the principle that laws ought to be interpreted as non-

---

[82] In this vein, consider ss. 3 and 5 of the *Broadcasting Act*, SC 1991, c 11, which define the factors on the basis of which the regulatory power of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commissions must be exercised. See generally: *Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168*, 2012 SCC 68, [2012] 3 SCR 489 at paras 14-33.

[83] Sunstein, *supra* note 70 at 30.

retroactive, if possible).[84] Although they apply directly, they do not constitute rules, because they function as factors of variable weight.

In Sunstein's view, what both examples have in common is that they are norms that "bear on cases without disposing of them".[85] Sunstein is also careful to distinguish between this concept of a principle, and propositions that are often described as "principles" in legal parlance, but in fact function as standards, like the "principle" that discrimination on the basis of race is presumptively invalid. For the sake of clarity, I will refer to the first kind of principle as a "justificatory principle", the second as an "operative principle", with the third being simply a species of standard.

e) The composition of the Two Theses

Using the above typology, how might we describe the composition of the Two Theses? *Prima facie,* neither of them can be described as incorporating a rule, even a complex one. It simply does not seem plausible to think that this provision amounts to a "full or nearly full before-the-fact assignment of legal entitlements", as Sunstein puts it. Subsequent case-law could of course change this by defining the duty in very specific and technical ways, but that is not the present state of the law, nor does such an outcome seem very likely. This leaves standards, factors and principles as the primary candidates for describing the content of s. 41(2).

The Holistic Thesis, for its part, would appear to hold that any constraints on discretion flowing from s. 41(2) consist in a series of factors, rather than a standard. Recall that the Holistic Thesis asserts that each institution has a duty to take positive measures, the choice of which is left entirely to its discretion, subject only to a standard of reasonableness, to be applied to the aggregate of all measures taken by the institution. This structure is not compatible with the notion that a federal institution is held to a particular standard when performing its duty under s. 41. A standard, by its very nature, is a normative proposition that one *applies* to a given set of facts, in order to produce what is, ostensibly at least, a pre-determined outcome. The Holistic Thesis, by contrast, does not suggest that the s. 41(2) decision-maker is called upon to apply a single proposition to determine the correct outcome. Rather, it implies the existence of Hohfeldian power.[86] That is, federal institutions are granted a legal capacity or ability—along with the duty to use it—which can be used to produce a wide array of legally acceptable outcomes.

---

84 *Ibid* at 31.

85 *Ibid*.

86 Wesley Newcomb Hohfeld, Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning: and other legal essays (New Haven: Yale University Press, 1923) at 50-60.

A legal power must of course have limits, both in terms of the *types* of measures it authorizes and the *reasons* for which it can be exercised. However, such constraints—especially those relating to reasons—generally take the form of a prescribed list of "relevant" factors, as I noted above. Such factors can both specify what is a relevant consideration and what is a *necessary* one, for it is often the case that a "factors constraint" requires the decision-maker not merely to pick and choose considerations à la carte, but also to consider each one and weigh it against the others. However, factors do not set out a rule or standard to be applied. Rather, they are best thought of as defining the building blocks out of which a range of lawful actions can be constructed.

The Casuistic Thesis, on the other hand, suggests that s. 41 incorporates at least one standard. Recall that, under this theory, individual measures or actions could be assessed by the courts for their sufficiency. In *Picard*, for instance, the Federal Court ruled that, having decided to make patents available online, the Patent Commissioner had an obligation under s. 41 of the OLA to translate the abstracts of those patents in order to ensure that francophone inventors were not forced to assimilate by having to conduct all of their research in English.[87] Thus, the specific decision not to translate the patent abstracts was subject to review on the basis of a standard emanating from s. 41. The content of that standard could not be specified until the Patent Commissioner had made the decision to publish all patents online, but once those facts were established, a "precise obligation" crystalized, entitling the court to order the adoption of "specific measures".

PART II – THE ARGUMENT FOR THE CASUISTIC THESIS

Now that we have a clearer picture of the interpretive choices available and what they imply by way of legal constraints on executive action, we can attempt to resolve the ambiguity and decide which of the Two Theses provides the best fit for s. 41(2). In this section, I will advance two arguments as to why the Casuistic Thesis is the better option. First, drawing on the legislative history of the 2005 amendments, I will show that the Casuistic Thesis provides the best description of what Parliament intended to achieve by enacting them. Second, I will argue that the principles of the language rights interpretive paradigm strongly favour this interpretation.

[87] *Picard*, *supra* note 5 at paras 58, 65-67.

A - The legislative history of the 2005 amendments

Although s. 41 was originally enacted in 1988 as part of a total overhaul of the OLA, the Parliamentary debates on that bill provide very little information about how Part VII was understood from a legal perspective. In fact, a comprehensive study of these debates has shown that there were virtually no questions regarding Part VII when the 1988 OLA reform bill was in committee.[88] As a result, the committee hearings on Senator Gauthier's various amendment bills are the main source of information regarding Parliament's understanding of s. 41, both before and after the 2005 changes.

Before delving into those debates, however, it will be helpful to briefly consider the nature and structure of the old s. 41. The legislative changes that ultimately became the 2005 amendments were motivated by the way in which the old s. 41 had been interpreted, first by the Department of Justice and then later by the courts. Thus, in order to understand what Parliament sought to accomplish by amending Part VII, we must first define what it was that it sought to reject.

1) THE OLD S. 41: A JUSTIFICATORY PRINCIPLE

There is no doubt that the old s. 41 was less restrictive than its current incarnation.[89] While the 1988 OLA reform bill was in committee, the Secretary of State asserted that the original Part VII spoke the "language of encouragement" rather than the

---

[88] In fact, the only questions came from Senator Gauthier himself, who was an MP at the time. See the testimony of Professor Linda Cardinal before the House of Commons while the 2005 amendments were being studied: House of Commons of Canada, *Standing Committee on Official Languages, Evidence, Vol. 42, 1st Session, 38th Parliament (2004-2005)* (2005) at 2 [House of Commons of Canada].

[89] The text of the old version read as follows :

41. 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.

41. 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 pleine reconnaissance et l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne.

"language of command".[90] Later, both the Department of Justice and the courts concluded that it was merely "declaratory" and not "executory".

In fact, based on the definitive court ruling on the matter, it might even be argued that the old s. 41 had no legal content whatsoever. The Federal Court of Appeal stated that this provision did "not create any right or duty that could at this point be enforced by the courts, by any procedure whatsoever".[91] Given the context and the categorical way in which this statement was phrased, it could be taken to mean that even judicial review of executive action taken under the auspices of s. 41, based on general principles of administrative law, would be impossible.[92] If that were the case, s. 41 would effectively have no legal content to speak of.

However, it seems unlikely that the FCA meant to go quite this far. Although it never clearly stated what it took the legal effect of s. 41 to be, it would appear as though the court viewed this provision as an example of what I called above a "justificatory principle". The court seemed to think that s. 41 was analogous to s. 2 of the OLA and s. 16(1) of the Charter, in that it established a broad principle on which subsequent, more detailed measures would be based.[93] On this reading, although the old s. 41 did not constrain the executive's freedom to act, much less require that specific measures be taken, it could be said to provide legislative authorization to take measures with a view to enhancing the vitality of OLMCs.[94]

---

90 Linda Cardinal, Review of Bill S-3 - Presented to the Standing Committee on Official Languages of the House of Commons (Ottawa, Ontario, 2005) at 4.

91 *Forum des maires*, *supra* note 3 at para 46.

92 Although the application was held to have been made under the remedial provisions of the OLA, the court did consider the possibility that an application for judicial review could be made to enforce provisions not included within the scope of the OLA's own remedial power. *Ibid* at para 32.

93 The court quoted at length from a passage in *Beaulac*, *supra* note 20 in which Bastarache J explores the legal foundations of the principle of substantive equality in language rights law. The FCA highlighted a specific statement dealing with s. 16(1) of the Charter and s. 2 of the OLA, apparently with the intention of suggesting that s. 41 played the same function as these provisions, i.e. to establish a principle on which subsequent, more detailed measures would be based. *Forum des maires*, *supra* note 3 at para 41.

94 This line of analysis is of course premised on the notion that s. 2 of the OLA, or s. 16(1) of the Charter, have no distinct substantive content of their own, as the FCA appears to have thought. There is certainly case-law supporting this view (see: *Association des Gens de l'Air du Québec Inc, et al v Minister of Transport (Canada)*, [1977] 2 FC 22), although that reading is by no means obviously correct (see Le Dain JA's (as he then was) reasons in *Assn des gens de l'air du Quebec Inc v Canada (Minister of Transport)*, [1978] 2 FC 371 (FCA)). On the question of whether s. 16 of the Charter has any substantive content, see generally: Grégoire Webber, "The Promise of Canada's Official-Languages Declaration" in Joseph Eliot Magnet, ed, *Official Languages of Canada: new essays* (LexisNexis Canada, 2008).

Accordingly, federal institutions whose mandate did not explicitly refer to such matters could have relied on the old s. 41 in order to justify an exercise of their discretionary powers in a manner intended to have that effect.

Nevertheless, even with this more generous reading of the FCA's reasons, s. 41 provided little if anything in the way of legal constraints. The most one could possibly argue, based on this view, is that federal institutions had an obligation to consider the vitality of OLMCs as part of their decision-making process—thus, that it constituted a "factor" limiting their discretion. Yet even this would be difficult to establish, given that, in the original wording, s. 41 stated only that the "Government of Canada" was committed to enhancing the vitality of OLMCs, and made no mention of individual federal institutions.[95]

It is interesting to note however that the Department of Justice seemed willing, initially at least, to accept that s. 41 might have more of a binding effect than this. In their testimony before the Senate Committee charged with examining Senator Gauthier's original draft amendments, DoJ officials suggested that s. 41 might well impose some obligation to act. Furthermore, asked to comment on a hypothetical scenario in which the federal government budgeted only one dollar for Part VII measures, their response was to say that there would be an administrative law remedy available in such a case, as a decision of this kind could be characterized as irrational.[96] That position appears to have been abandoned by the time the issue reached the courts. However, had it been sustained, the old s. 41 would have resembled the Holistic Thesis, with the caveat that the duty to act might have fallen on the government as a whole, rather than individual federal institutions. This will be relevant when it comes to determining which of the Two Theses best describes what the 2005 amendments were meant to accomplish.

2) THE SENATE HEARINGS: MAKING S. 41 ENFORCEABLE ON A CASE-BY-CASE BASIS

Senator Gauthier first presented a bill to amend Part VII in 2001. The reason for the amendments was twofold: (1) dissatisfaction with the way in which the old s. 41 had been implemented by the federal government, a problem partly attributed to the wording of the original text; and (2) concern that the provision would be treated as unenforceable by the courts.[97] As a result, there was a lively debate in committee

---

95 See note 89.

96 Senate of Canada, *supra* note 64 at 18.

97 While the FCA's ruling in *Forum des maires*—which was to be the definitive statement on the matter—would not come until 2004, there was already one judgment holding that the old Part VII did not give rise to a judicial remedy. *Canada v Canada*, *supra* note 34 at paras 88-90.

over the precise nature of the old s. 41 as a legal norm, and the consequences (if any) of adopting Gauthier's bill.[98] These discussions provide a reasonably clear picture of what the amendments were expected to accomplish.

In my view, the Casuistic Thesis provides the best description of what the committee and the various witnesses it heard from expected the "new and improved" s. 41 to achieve. A detailed summary of the discussion would be tedious and require too much space, but the dominant themes most relevant to us here can be described as follows:

a. Was the old s. 41 executory or declaratory? If so, what would Gauthier's amendment change?
b. The lack of clarity in what was expected/required of federal institutions, and the lack of certainty and predictability in OLMC funding and programs;
c. Comparisons with ss. 23 and 16.1 of the Charter

a) Executory, not declaratory

One of the main topics of discussion was the question of whether the old s. 41 was executory or merely declaratory, and if the latter, what amendments might be needed to correct this. Although some leading scholars had argued that the old s. 41 created a "self-executing" obligation—i.e. one that was enforceable through the courts[99] —the majority of views expressed before the Senate committee was that it was merely declaratory. As a result, the ultimate purpose of Gauthier's amendments became to correct this flaw and ensure that OLMCs had access to meaningful court oversight of the way in which s. 41 was implemented.

Senator Beaudoin, a member of the committee who was also a well-known constitutional scholar, sought to describe the gap between the legal effect of the "pathological" (i.e. original) version of s. 41 and the underlying ideal using the concept of "directory" versus "mandatory" statutes.[100] In Anglo-Canadian law,

---

[98] The Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs held extensive hearings on the bill and heard from roughly 30 witnesses, including the Department of Justice, the Commissioner for Official Languages, Heritage Canada, the FCFA, the Law Reform Commission of Canada, the leading expert on statutory interpretation, Prof Ruth Sullivan, and a range of experts on language rights.

[99] See, for example, Bastarache & Ouellet, *supra* note 9, which was referred to during the hearings.

[100] Beaudoin referred to the argument made by the Manitoba Court of Appeal that British law maintained a distinction between "directory" and "mandatory" statutes, and that s. 23 was of

there is a general distinction between "statutory provisions that are mandatory in the sense that failure to comply with them will lead to invalidity of the Act in question, and directory, in the sense that failure to comply will not necessarily lead to such invalidity."[101] In the case of s. 23 of the Manitoba Act, for instance, this distinction had been used by the Manitoba Court of Appeal to excuse its decision not to declare null and void acts of the legislature not passed in both English and French, for it characterized the bilingualism requirement as directory and not mandatory.[102] Senator Beaudoin argued that s. 41 was (or ought to be) "mandatory" in this sense. Thus, he appears to have been implying that it should impose one or more conditions precedent on the *validity* of executive decisions.[103]

What those conditions might be, Beaudoin unfortunately never specified. However, some indications can be found in the brief of the Fédération des communautés francophones et acadiennes (FCFA), which was then under discussion and to which Beaudoin was reacting.[104] For instance, the FCFA suggested that federal institutions would have, pursuant to the proposed amendments, an obligation to ensure that their policy development process would, from the very outset, consider the needs of OLMCs as distinct from those of the majority. Policies and programs were (and often still are) generally developed using a framework based on the needs of the majority, which can lead to very serious inequalities in their effectiveness

---

the former, and not the latter, category: *Forest v Manitoba (Attorney General)*, 98 DLR (3d) 405, [1979] 4 WWR 229 (Manitoba CA) at para 47 [*Forest v Manitoba*].

101 *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 SCR 721 at 740, 19 DLR (4th) 1, citing *Montreal Street Railway Co v Normandin*, [1917] AC 170 (JCPC) at pp 174-75. See also: Ruth Sullivan, *Sullivan on the construction of statutes*, 5th ed (Markham, Ont: LexisNexis, 2008) at 78. Interestingly, the OLA 1969 was described by the Supreme Court of Canada as a "directory" statute in *Minister of Justice (Can) v Borowski*, [1981] 2 SCR 575 at p 580, 130 DLR (3d) 588, in the context of a discussion about standing. Specifically, the court noted that in the case of a "directory" statute, which was neither "regulatory" nor "penal", there would never be enforcement procedures undertaken against individual citizens, meaning that the only way to challenge the constitutional validity of the law was through a grant of public interest standing. Thus, in this context at least, the notion that a statute is "directory" did not imply that the OLA not create binding obligations, but merely constituted a statement regarding the subject of those obligations (i.e. the state, rather than private persons).

102 *Forest v Manitoba*, *supra* note 100 at para 47. As Senator Beaudoin pointed out, this decision was later overturned by the Supreme Court. See note 109 below.

103 See generally: *Re Manitoba Language Rights*, *supra* note 101 at paras 37-42.

104 Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada, Mémoire présenté au Comité sénatorial permanent aux affaires juridiques et constitutionnelles au sujet du Projet de loi S-32 : Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais) [Mémoire de la FCFA].

and in the distribution of benefits.[105] By contrast, the role of s. 41, according to the FCFA, is to ensure that federal policies reflect a more appropriate vision of Canadian society:

> une société pluraliste qui réunit deux communautés de langue officielle et au sein de laquelle les francophones qui vivent à l'extérieur du Québec ne sont pas des citoyens de second plan; une société qui reconnaît aux francophones qui y vivent en situation minoritaire le droit quasi constitutionnel de se développer et de s'épanouir dans leur langue. Ce qui signifie, au bas mot, qu'ils puissent profiter des politiques et des programmes fédéraux aux aussi pleinement que leurs concitoyens anglophones.[106]

This view implies that s. 41 should impose a duty on federal institutions to ensure that OLMCs benefit from federal policies and programs equally, and that the latter support their ability to develop and flourish as minority language communities. It also implies, in the FCFA's view, that the federal government has a broader obligation to develop a "global action plan" to ensure that the various policies being adopted are mutually re-inforcing and are responsive to the real needs of OLMCs.[107] As neither of these obligations could be fulfilled without appropriate consultation with OLMC representatives, there would also be a duty to consult.[108] Beaudoin in fact believed (at the time) that the old s. 41 was executory.[109] While

---

[105] See for example: *DesRochers v Canada (Industry)*, [2009] 1 SCR 194.

[106] *Ibid* at 11.

[107] On this point, see also the testimony of the President of Law Reform Commission, Nathalie DesRosiers, who stated that "the draft amendment to section 41 clearly addresses the issue of whether a community has the ability to decide its own fate": Senate of Canada, *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. First Session: Thirty-seventh Parliament, 2001-02. Issue No. 28: Bill S-32, An Act to amend the Official Languages Act (fostering of English and French)* at 19.

[108] See generally: *Mémoire* de la FCFA, *supra* note 104 at 7-10.

[109] Beaudoin compared s. 41 to s. 23 of the Manitoba Act, 1870: Senate of Canada, Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. First Session: Thirty-seventh Parliament, 2001-02. Issue No. 25: Bill S-32, An Act to amend the Official Languages Act (fostering of English and French) at 16. This provision had long been ignored by the provincial legislature, but was ultimately held to be binding by the Supreme Court, which declared all Manitoba laws enacted since 1890 invalid as a result. The issue arose because the Manitoba Official Language Act, passed in 1890, required that only English be used before the courts and the legislature of the province. However, section 23 of the Manitoba Act, 1870, which had created the province out of a portion of the North West Territories, imposed the exact same requirements as s. 133 of the Constitution Act, 1867 on the provincial legislature

others on the committee shared this view, including Senators Gauthier, Rivest and Joyal, that position was far from unanimous. Professors Sullivan[110] and Magnet,[111] along with the Department of Justice[112] and the Commissioner for Official Languages,[113] amongst others, all argued that the old s. 41 was in all likelihood merely declaratory, and would require substantial amendment—along the lines proposed by Gauthier's bill—to become legally binding.

Senator Bryden, former Minister of Justice of New Brunswick, shared this view, and his comments are instructive with respect to the legal consequences of adopting the 2005 amendments. Responding to the suggestion made by Senator Beaudoin that Gauthier's bill would merely "clarify" the pre-existing legal content of s. 41, Bryden stated that the amendments would "dramatically change the obligations of the Government of Canada", given that the old s. 41 did not in fact contain any legal obligations.[114] To illustrate this, he argued that, under the proposed amendments, if the federal government were to create a cultural centre in Calgary under the auspices of Part VII, the francophone community of Saskatoon would have a right to demand one as well. The new s. 41, in other words, would provide "a commitment not just to enhancing but ensuring that these types of institutions appear."[115] It would therefore be "a considerable undertaking that has significant implications."[116]

In the final analysis, the clear impression one is left with after reading through the transcripts of the hearings is that, regardless of their views on the extent to which the old s. 41 was legally binding, all agreed that the amendments under discussion would impose substantial and fairly specific obligations on the federal government, and open the door to active involvement by the courts in supervising their

---

and courts. An initial ruling that s. 23 was binding, and that its requirements needed to be met in order for a statute to be constitutionally valid, was rendered in Attorney General of Manitoba v Forest, [1979] 2 SCR 1032. In a later decision, Re Manitoba Language Rights, supra note 101, the Supreme Court declared all Manitoba laws enacted since 1890 to be of no force or effect, though it suspended its declaration of invalidity for one year.

110 Senate of Canada, Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. First Session: Thirty-seventh Parliament, 2001-02. Issue No. 29: Bill S-32, An Act to amend the Official Languages Act (fostering of English and French) at 12.

111 *Ibid* at 6.

112 "[A] commitment is not necessarily of the same order as a justiciable right or duty." Senate of Canada, *supra* note 64 at 7-9. Newman also compared s. 41 to the *Multiculturalism Act*, which does not contain a justiciable duty: *ibid* at 17.

113 Senate of Canada, Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. First Session: Thirty-seventh Parliament, 2001. Issue No. 26: Bill S-32, An Act to amend the Official Languages Act (fostering of English and French) at 6-7.

114 *Ibid* at 20.

115 *Ibid*.

116 *Ibid*.

implementation. This is perhaps demonstrated most elegantly by the testimony of Warren Newman on behalf of the Department of Justice, which reads like an inverted roadmap to the new s. 41.

Newman sought to convince the committee that the old s. 41 was not judicially enforceable, and advanced several points to support this claim. Highlighting the fact that s. 41 spoke only of "commitment", he explained that "a commitment is not necessarily of the same order as a justiciable right or duty",[117] noting:

> If Parliament had wanted to create an obligation or a right, why did it not word the act that way? In Parts IV and V, for example, the words "it is the duty of federal institutions" or "it is the duty of the Government of Canada" were used at least 14 times. Why did it insist on using the term "commitment"?[118]

Newman further added that, if Parliament had meant to create a duty, it would have included s. 41 under the judicial remedy found in Part X of the OLA. Because it did not, and because s. 41 spoke only of a "commitment" and not a "duty", the courts would not be justified in conducting "a fastidious exercise of second-guessing political decisions allocating resources, as long as decision-makers act reasonably, in accordance with the values that underlie our Constitution."[119] Beyond these minimal constraints of administrative law, the only remedy for a failure to respect the spirit of Part VII would be political in nature.[120]

Newman in fact defended this approach as being appropriate given what he took to be Part VII's aims, claiming that "Part VII is eminently "political" in the most noble sense of the term".[121] But it cannot be overlooked that the 2005 amendments explicitly counteract every one of his points. The reference to a "commitment" has been supplemented by the clear imposition of a "duty", which is now judicially enforceable under Part X. Parliament has evidently rejected the premise that the Commissioner of Official Languages can provide the oversight needed to ensure that Part VII is properly implemented. In short, s. 41 has become much more *juridical* in nature.

---

[117] Senate of Canada, *supra* note 64 at 7.
[118] *Ibid* at 8.
[119] *Ibid* at 7.
[120] Newman compared the Official Languages Commissioner to the Auditor General, citing *Canada (Auditor General) v Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 SCR 49, 61 DLR (4th) 604 at para 59.
[121] Senate of Canada, *supra* note 64 at 8-9.

The point-and-counterpoint between Newman's interpretation of the old s. 41 and the text of the new version has some obvious implications for the discussion underway here. Clearly, Newman's vision for the old s. 41 corresponds to the Holistic Thesis—minimal judicial review on grounds of reasonableness, with substantial deference to the executive in the exercise of its discretion. If the purpose of the new s. 41 was to repudiate that vision—as seems clear from the changes that were ultimately adopted—then the Holistic Thesis cannot be the proper framework for conceptualizing the structure of the s. 41(2) duty. The Casuistic Thesis, by contrast, is capable of accommodating the intent of these changes, and provides a workable structure for the types of constraints that the committee and the various witnesses clearly expected to follow from the adoption of the amendments.

b) Clarity, certainty and predictability

This reading of the 2005 amendments is reinforced by another major theme in the committee's deliberations, namely, the lack of clarity in what was expected of federal institutions. The murkiness of the old s. 41 led to, or at least compounded, a lack of certainty and predictability with respect to funding and programs for OLMCs. This was considered to be a serious problem, one that the amendments were intended to address.

According to the Commissioner for Official Languages, Dyane Adam, despite some initially promising moves by the government in the early years following the enactment of the OLA 1988, there had been a lack of real progress with respect to the implementation of Part VII, and "[a]mbiguity surrounding the scope of section 41 is certainly largely to blame."[122] The resulting "stasis" was severely problematic, with the Commissioner concluding that "[w]e still have a long way to go before reaching the point where we can say that we are living up to our commitments under Part VII."[123] She therefore urged that steps be taken to clarify the "binding" nature of the s. 41 commitment, including legislative amendments.[124]

The Commissioner proposed a number of amendments to Gauthier's bill, all of which were ultimately adopted in one form or another. One proposal was for the addition of what eventually became s. 41(2): "Federal institutions shall ensure that concrete steps are taken to fulfil [sic] this commitment." Another was to include Part VII under the judicial remedy set out in Part X of the Act, which Gauthier's

[122] Senate of Canada, *supra* note 113 at 5.
[123] *Ibid* at 5-6.
[124] *Ibid* at 6.

original bill did not do. The evident aim of these proposals was to enable OLMCs to overcome executive "stasis", while at the same time involve the courts more deeply in the process of defining the content of Part VII obligations.

An example of the consequences flowing from the lack of clarity in s. 41 was given by Senator Gauthier, and his comments in this connection are quite suggestive with respect to what his amendments were expected to achieve from a legal standpoint. Gauthier raised the fact that he had initiated judicial review proceedings against a decision of the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (CRTC), which had refused to order broadcasters in Quebec to include a French-language channel produced in Ontario (TFO) in their cable packages. Doing so would have substantially expanded the TFO audience and strengthened it as an institution (as well as improving awareness within Québec that francophone communities continue to exist outside its borders, a fact that is often unknown to Quebecers).[125] However, Gauthier's application failed, and the decision was allowed to stand. Before the committee, Gauthier stated his belief that the amendment being considered would enable an interested party to successfully challenge this decision as a failure of the CRTC's duty under Part VII.[126] Again, only the Casuistic Thesis is consistent with such an outcome.

The lack of clarity in what was expected of federal institutions was compounded by a lack of certainty regarding the legal status of those measures actually adopted pursuant to s. 41. A number of programs had in fact been put in place since 1988, along with substantial financial support, but as the FCFA noted, "[s]uch measures depend entirely too often on the authority in power, always under the threat of sinking into oblivion with the departure of those who launch them".[127] Not only did this create problems on a case-by-case basis, it also prevented the development of a comprehensive development policy of the sort demanded by OLMCs. Such a policy would be impossible to implement without "putting an end to the precariousness of past achievements, and to guarantee a certain durability, if not continuity, of support programs intended to help francophone communities."[128] The only solution was a more rigorous legal framework to constrain and discipline executive action in these areas. The FCFA therefore proposed amendments very

---

[125] Senate of Canada, Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. First Session: Thirty-seventh Parliament, 2001. Issue No. 23: Bill S-32, An Act to amend the Official Languages Act (fostering of English and French) at 10. On francophone Quebeckers' lack of awareness regarding francophones outside the province, see for example : Jean-Benoît Nadeau, "Les cinq francophonies", Le Devoir, online: <http://www.ledevoir.com/societe/actualites-en-societe/431271/les-cinq-francophonies>.

[126] Senate of Canada, *supra* note 125 at 26-27.

[127] Senate of Canada, *supra* note 109 at 14.

[128] *Ibid*.

similar to those put forward by the Commissioner—i.e. imposing a specific duty on federal institutions to take all "necessary measures", backed by a judicial enforcement mechanism.[129]

One of the ways in which these proposed amendments might contribute to greater stability was suggested by the Law Reform Commission of Canada. The President of the Commission, Nathalie DesRosiers,[130] discussed at great length the potential impact of the Montfort decision on the way in which the proposed amendments would be interpreted by the courts.[131] Specifically, she argued that the effect of the Ontario Court of Appeal's decision in that case was to recognize a "ratchet" principle of sorts that would protect minority institutions which depended on governmental support.

The notion of a "ratcheting" effect had actually been suggested by Montfort hospital as a possible means of interpreting s. 16(3) of the Charter.[132] It had argued that the effect of this provision was to constitutionalize any legislation whose purpose was to advance the equality of English and French in Canadian society, such as Ontario's *French Language Services Act* (FLSA), or at least any rights created by such legislation. That argument was rejected by the Ontario Court of Appeal, which held that the purpose of s. 16(3) was merely to protect such legislation from attack on constitutional grounds—for instance, under s. 15 of the Charter[133]—and not to elevate it to a constitutional level in its own right.

However, as DesRosiers pointed out, another aspect of the OCA's decision had the effect of recognizing a variation on the ratchet principle. The court held that, when exercising a discretionary power vis-à-vis a minority institution such as Montfort, a governmental body was constrained by the unwritten constitutional principle of

---

[129] *Mémoire* de la FCFA, *supra* note 104 at 6.

[130] DesRosiers, a law professor, went on to be President of the Canadian Civil Liberties Association and Dean of both the Civil Law and Common Law faculties at the University of Ottawa (at different times).

[131] Senate of Canada, *supra* note 107 at 17. In *Lalonde v Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, 56 OR (3d) 505, 208 DLR (4th) 577 (CA), the Ontario Court of Appeal struck down a decision by the Health Services Restructuring Commission to close and/or downsize a major French-language hospital in Ottawa.

[132] "Nothing in this Charter limits the authority of Parliament or a legislature to advance the equality of status or use of English and French."

[133] In effect, the OCA held that s. 16(3) merely entrenched the principle affirmed by the Supreme Court of Canada in *Jones v AG of New Brunswick*, [1975] 2 SCR 182, 1974 CanLII 164 where it held that s. 133 of the *Constitution Act, 1867* represents a "floor" rather than a "ceiling" on language rights, meaning that Parliament or the provincial legislatures are free to expand upon its protections.

the protection of minorities, as articulated by the Supreme Court in the *Secession Reference*.[134] Given the great importance of institutions to the vitality of Canada's French-language minority, this meant that governmental support for such institutions could only be reduced or altered for the most compelling of reasons, and only after having first consulted with the minority to ensure that the detrimental impact of the interference was both necessary and, if so, minimized. In short, designating a minority institution for support under the mechanisms of the FLSA—as had been done with Montfort—had a "ratcheting" effect, through the operation of this unwritten principle.

DesRosiers went on to suggest that the same logic would apply to measures taken under the amended s. 41 of the OLA.[135] Even though a federal institution might have some discretion in selecting which measures to adopt, and thus whether or not to support a specific minority institution in a particular way, once that support had been granted, it could not be withdrawn except under the conditions stipulated in the OCA's ruling in *Lalonde*. If that were the case, then s. 41 would indeed provide greater stability and predictability for OLMC organizations.

c) Comparisons with ss. 23 and 16.1 of the Charter

A final point worth highlighting in the present context are the frequent comparisons to ss. 16.1 and 23 of the Charter. Section 41 was viewed by many participants as being (or as aiming to be, under the proposed amendments) analogous to those provisions. This sheds some further light on both the structure that s. 41 was expected to have as a legal norm, as well as its substantive scope.

Section 16.1 of the Charter was added in 1993, for the purpose of constitutionalizing the *Act Recognizing the Equality of the Two Official Linguistic Communities in New Brunswick* (NB Equality Act), first adopted in 1981.[136] As its title suggests, the Act granted recognition not only to two official languages, but to two linguistic communities. It guaranteed both communities equal rights and privileges, "and in particular their right to distinct institutions within which cultural, educational and social activities may be carried on."[137] It further specified that in

---

[134] *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 SCR 217, 161 DLR (4th) 385 at paras 79-82.

[135] In fact, DesRosiers even went so far as to argue that passing the amendments was a constitutional duty pursuant to the unwritten principle of minority protection: Senate of Canada, *supra* note 107 at 21.

[136] *Charlebois c Mowat*, 2001 NBCA 117, 242 NBR (2d) 259 at para 62 [*Charlebois*].

[137] Act Recognizing the Equality of the Two Official Linguistic Communities in New Brunswick, LRN-B 2011, c 198, s 2 [NB Equality Act].

the allocation of public resources, policies and programs, the government of New Brunswick must promote "the cultural, economic, educational and social development of the official linguistic communities".[138]

The specific reference to institutions is especially important, for as the New Brunswick Court of Appeal stated in *Charlebois v Mowat*, s. 16.1 differs from s. 16(2) of the Charter, which provides for equality between English and French as languages, in that it protects "collective rights whose holders are the linguistic communities themselves".[139] A collective right to institutions will necessarily require the adoption of specific measures in particular circumstances. As the Court went on to note,

> [t]he purpose of this provision is to maintain the two official languages, as well as the cultures that they represent, and to encourage the flourishing and development of the two official language communities. It is remedial in nature and has concrete consequences. It imposes on the provincial government an obligation to take positive measures to ensure that the minority official language community has equality of status and equal rights and privileges with the majority official language community. The obligation imposed on the government derives both from the remedial nature of subsection 16.1(1), in recognition of past inequalities that have gone unredressed, and the constitutional commitment made by the government to preserve and promote the equality of official language communities. The principle of the equality of the two language communities is a dynamic concept. It implies provincial government intervention which requires at a minimum that the two communities receive equal treatment but that in some situations where it would be necessary to achieve equality, that the minority language community be treated differently in order to fulfill both the collective and individual dimensions of a substantive equality of status. This last requirement derives from the underpinning of the principle of equality itself.

---

[138] *Ibid*, s 3. This idea can be read into s. 41 via the principle of substantive equality: "once the state does provide a benefit, it is obliged to do so in a non-discriminatory manner", *Eldridge v British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 SCR 624, 151 DLR (4th) 577. See also: *Beaulac*, *supra* note 20 at para 24.

[139] *Charlebois*, *supra* note 136 at para 63. The case was primarily concerned with the scope of s. 18(2) of the Charter and whether it applied to municipal by-laws. However, the court relied extensively on s. 16.1 when interpreting s. 18(2), and its decision is the most extensive judicial treatment to date of the former provision.

Thus, at a minimum, s. 16.1—and, by extension, the NB Equality Act on which it is based—creates a right to remedial measures in cases where a particular public policy scheme or piece of legislation places one community at a disadvantage relative to the other.

In presenting his bill to amend s. 41, Gauthier explicitly stated that its wording was based directly on the NB Equality Act.[140] He explained that, in his view, the purpose of s. 41 of the OLA was, like the NB Equality Act, to entrench the concept of linguistic "duality", which he contrasted with "bilingualism".[141] The point of this distinction was to highlight the fact that languages are embedded in a deeper social reality, and that protecting languages from assimilation—which s. 41 was intended to do[142]—means protecting that social reality. Language rights are thus not simply concerned with facilitating communication, but also—even primarily—with recognizing, respecting and promoting a certain social structure, in which both English and French can flourish. This requires, amongst other things, that the role of institutions in maintaining that social structure be recognized and protected.[143]

Similar comments were made by a number of other participants.[144] For instance, Senator Rivest drew a contrast between the individual rights found in other parts of the OLA and Part VII, which was intended to have a collective—and thus an *institutional*—focus:

> Part VII is not the Official Languages Act as it is normally understood. The Official Languages Act gives linguistic equality in Canada to individuals. The courts and the Commissioner of Official Languages can easily sanction those who contravene it.
>
> Reference is made to support measures for community activity. Over the years, we have realized that linguistic equality and linguistic

[140] Cited in: Senate of Canada, *supra* note 125 at 7. Gauthier had initially wanted to include the concept of "positive measures", which is found in the NBEA, but was advised against it, and so it was not in his original draft of the bill. However, that wording eventually found its way into the final version that was enacted in 2005.

[141] *Ibid* at 6-7.

[142] *Ibid* at 8.

[143] *Ibid* at 14.

[144] Senator Bryden: *Ibid* at 31. Julius Grey: Senate of Canada, *supra* note 110 at 10. DesRosiers: Senate of Canada, *supra* note 107 at 26. Minister of Heritage: Senate of Canada, *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. First Session: Thirty-seventh Parliament, 2001-02. Issue No. 31: Bill S-32, An Act to amend the Official Languages Act (fostering of English and French)* at 47.

> duality do not only apply to individuals and can only be supported and viable if they are based on dynamic minority communities. This is the spirit in which programs — very few programs — have been developed.
>
> …We have realized that the phenomenon of the assimilation of minority groups in Canada cannot be countered merely by granting individual rights. In order for the minority communities to be able to survive, there must be institutions. We came to this conclusion because in the Constitution, Quebec was given rights for anglophones, such as schools, for example. This was then extended to the rest of Canada and francophones can count on such school networks. In Quebec, this was extended to social services.[145]

The comparison to s. 23 at the end of this passage suggests that what was being sought in amending s. 41 was to create, amongst other things, a legal entitlement to federal assistance in developing and maintaining the institutional infrastructure needed for OLMCs to survive. The comparison is also revealing in other respects, as it provides some indication as to how the committee understood the relationship between legal constraints and discretion in this context.

Section 23 of the Charter combines a definite right with substantial executive and legislative discretion.[146] In *Mahe*, the SCC noted that s. 23 must be interpreted as giving the provinces considerable discretion with respect to the "institutional means" for achieving its underlying objective.[147] Provinces have, aside from the obligations imposed by s. 23 of the Charter and s. 93 of the Constitution Act, 1867, complete discretion in the management of their education systems. This can lead to substantial variation from one jurisdiction to the next, as provinces vary considerably in terms of size, linguistic and cultural makeup, history, population density and wealth. In light of this, the SCC concluded that s. 23 rights must be interpreted in a way that allows sufficient leeway to the provinces in selecting the means by which to meet their constitutional obligations. That does not mean that

---

[145] The missing section of the quote is also of some relevance: "The point raised by Senator Gauthier, and very frequently raised by the reports of the different commissioners of official languages is that the departments and federal government organizations have a very negligent attitude towards minority language community needs in Canada, whether it be anglophones in Quebec or francophones outside Quebec. We often receive reports about the efforts of the departments to implement Part VII of the *Official Languages Act*. These reports are ridiculous. They are completely lacking in conviction." Senate of Canada, *supra* note 125 at 30.

[146] Consider the exchange between Senator Joyal and the DoJ during the committee hearings: Senate of Canada, *supra* note 64 at 18-19.

[147] *Mahe v Alberta*, [1990] 1 SCR 342 at 393, 68 DLR (4th) 69 [*Mahe*].

the provinces are completely unfettered in their choice of education policy, for they must still establish education systems that respect the core entitlements enshrined in s. 23. However, those entitlements are framed in terms of broad principles, the specific meaning of which can easily vary from one context to another, and which can be satisfied through a variety of institutional mechanisms.

If we interpret s. 41(2) through the lens of s. 23, this enables us to explain the apparent indeterminacy of its wording while still holding to the view that it was meant to impose "precise obligations". As the courts have recognized in other contexts, it is important that a standard provide flexibility when it applies to "the full galaxy of federal decision-makers … who operate in different decision-making environments under different statutes with distinct grants of decision-making powers."[148] Given that the clear intent of Parliament in amending Part VII was to make it judicially enforceable, it seems reasonable to infer that the operative duty was pitched at a high level of abstraction, not to confer a broad and relatively untrammelled discretion insulated from judicial review, but rather to enable the courts to adapt the requirements of s. 41 to the mission and purpose of the federal institution at issue, thereby providing a degree of flexibility analogous to that found in s. 23.[149]

B - Applying the language rights interpretive paradigm

Thus, the evidence from the Senate committee hearings where the new s. 41 was developed strongly suggests that the Casuistic Thesis offers a better description of what Parliament hoped to achieve with the 2005 amendments. This reading is further supported by the relevant principles of statutory interpretation.

---

[148] *Canada (Citizenship and Immigration) v Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 SCR 339 at paras 28, 33.

[149] Consider the following comments from the Director of Government Policy Analysis in the Office of the Commissioner for Official Languages: "One can wonder, for example, if the federal government and the Department of Canadian Heritage, perhaps because of its legal mandate, have done enough to meet the stated commitments [in s. 41 of the OLA]. This is the kind of question that must be raised to ensure that section 23 of the Charter, which provides for the right to instruction in the minority language, be fully upheld everywhere in the country. Has the federal government done everything it possibly can to comply with this provision? The issue is very complex and does not lend itself to the same type of implementing regulations as institutional bilingualism. Therefore, considerable thought must be given to how one can frame the spirit, parameters, implementation terms and management systems required so that each federal institution, incapable when taken alone of achieving the stated aims of section 41, can contribute to the process based on its mandate, programs, resources and sphere of influence." Senate of Canada, *supra* note 113 at 14.

Over the years, the courts have developed a specific set of interpretive principles applicable to official language rights. At one time, there was a great deal of controversy surrounding the proper approach to interpreting such rights. The history of that debate has been recounted elsewhere, and I will not rehearse it here.[150] Suffice it to say that the conflicting lines of case-law have now been reconciled—or rather, one of them has been effectively overturned—and a single unified approach prevails. This approach might be said to consist of five key tenets: (1) courts must give language rights a liberal and purposive interpretation; which means, amongst other things, that (2) these rights must always be interpreted "in a manner consistent with the preservation and development of official language communities in Canada" and their respective cultures; that (3) language rights protect a right to substantive equality; that (4) they establish a norm, not an accommodation; and that (5) they are "remedial" in nature, meaning that they are intended to reverse past harms as well as prevent or correct future ones.[151]

A plausible if weak case can be made that the Holistic Thesis is consistent with these principles. While the Holistic Thesis requires greater deference to the policy-making judgment of the executive and would limit the availability of judicial remedies to cases of irrationality on the part of decision-makers, it might be argued that this approach is preferable given the underlying aims of Part VII, which are inherently and insurmountably "political". At least one leading expert on issues relating to language and public policy (Linda Cardinal),[152] as well as the Department of Justice, have argued along these lines.

Indeed, as the Supreme Court has noted, when the purpose and role "of the decision-maker are conceived not primarily in terms of establishing rights between parties, or as entitlements, but rather as a delicate balancing of different constituencies, then the appropriateness of court supervision diminishes."[153] The Casuistic Thesis, by imposing more granular requirements capable of dictating a specific course of conduct by a federal institution, might be said to overly "judicialize" s. 41, distorting the nature of the exercise and involving the courts too

---

[150] See, for instance: Alyssa Tomkins, "Does Beaulac Reorient Judicial Bilingualism?" in Joseph Eliot Magnet, ed, *Official Languages of Canada: new essays* (LexisNexis Canada, 2008); Denise Réaume, "Demise of the Political Compromise Doctrine: Have Official Language Use Rights Been Revived?" (2001) 47 McGill LJ 593; A Riddell, "À la recherche du temps perdu: la Cour suprême et l'interprétation des droits linguistiques constitutionnels dans les années 80" (1988) 29 C de D 829.

[151] *Beaulac*, *supra* note 20 at paras 13-25.

[152] House of Commons of Canada, *supra* note 88 at 3.

[153] Pushpanathan v Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 1 SCR 982, 160 DLR (4th) 193 at para 36.

deeply in a decision-making process far outside their institutional competence.[154] This reading is supported by the fact that the 2005 amendments also conferred on the Governor in Council the power to enact regulations "prescribing the manner in which any duties of [federal] institutions under [Part VII] are to be carried out."[155]

That being said, the regulations were intended to be complimentary to the judicial enforcement mechanism, not a condition precedent upon its exercise.[156] Moreover, it seems very hard to square the Holistic Thesis with the overall purpose of the amendments, as revealed by the discussions in committee. The evidence in fact suggests that Parliament desired greater judicial involvement and oversight because federal institutions were, left to their own devices, incapable of implementing Part VII commitments in a satisfactory way. And, as Martineau J noted in *Canada (Commissioner of Official Languages) v CBC* specifically in relation to s. 41 of the OLA, there is an "exception to the non-justiciability of political issues … when Parliament itself demonstrated intent for certain actions by the government or a federal institution to be examined by an independent third party".[157]

This is particularly important in light of tenet (5), which holds that language rights provisions are deemed to have a remedial purpose. It may be, as Linda Cardinal has argued, that achieving the objectives of Part VII would be easiest if the courts were kept at arms' length, so that policy-makers might deliberate free of the sword of Damocles-like threat of judicial oversight.[158] However, that is only true to the extent that there exists the necessary political will to pursue those objectives in a serious way. Too often, as the Supreme Court has recognized, governments take a passive approach to language issues, assigning them a low priority, meaning that absent the threat—or indeed, the aggressive use—of judicial remedies, many a language right would remain a dead letter.[159] Given that broad dissatisfaction amongst OLMCs with the way in which the original Part VII had been implemented was a major driving force behind the amendments, it seems more sensible to conclude that Parliament desired more rather than less judicial involvement.

---

[154] This point was made by, amongst others, the Minister of Justice before the House of Commons Standing Committee on Official Languages when the amendments were being considered: House of Commons of Canada, *Standing Committee on Official Languages, Evidence, Vol. 28, 1st Session, 38th Parliament (2004-2005)* (2005) at 8.

[155] OLA, *supra* note 4, s 41(3).

[156] House of Commons of Canada, *supra* note 88 at 7.

[157] *Canada v CBC*, *supra* note 54 at para 63.

[158] House of Commons of Canada, *supra* note 88 at 3.

[159] *Doucet-Boudreau*, *supra* note 66 at paras 38-40.

To put this in somewhat more theoretical terms, we might say that this is a prime instance of what Jacob Levy calls "counter-balancing". In cases where a state has a natural tendency to commit a certain type of injustice, justice may require that the constitution[160] include certain features that "lean against" this tendency, even if they are not strictly required by justice in their own right. [161] An example of such measures are self-government rights, which are often necessary as a prophylactic against oppression regardless of their inherent moral value. In fact, Levy gives the example of partial control over the education system, like that provided by s. 23 (as interpreted by the Supreme Court), as an illustration.[162]

The tendency towards injustice need not be wilful. As Dickson CJ noted in *Mahe,* while majorities often neglect the concerns of the minority, "[s]uch neglect is not necessarily intentional: the majority cannot be expected to understand and appreciate all of the diverse ways in which [governmental] practices may influence the language and culture of the minority."[163] Nevertheless, it is a reality that must be dealt with. While the proposed solution may involve some degree of overreach of the sort that Cardinal fears, as Levy notes, "[c]onstitutional engineers have only relatively blunt tools at their disposals, at least when compared with the fine work done distinguishing philosophical theories."[164]

Given the tendency towards inaction under the old s. 41, and the extreme difficulty of reversing sociolinguistic harms like assimilation, Part VII would appear to be a strong candidate for being treated as an instance of counter-balancing. And, in light of the problems identified by Parliament with respect to the old s. 41, only the Casuistic Thesis seems apt to ensure that the new s. 41 can play such a role.

---

[160] Although the OLA is not part of the Constitution of Canada in the technical sense, it is clearly part of the broader "constitution" with which political theorists are concerned, i.e. "a set of norms (rules, principles or values) creating, structuring, and possibly defining the limits of, government power or authority": Wil Waluchow, "Constitutionalism" in Edward N Zalta, ed, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, spring 2014 ed (2014).

[161] Jacob T Levy, "Language Rights, Literacy, and the Modern State" in Will Kymlicka & Alan Patten, eds, *Language rights and political theory* (Oxford: Oxford University Press, 2003) at 244 [Levy].

[162] *Ibid*.

[163] *Mahe*, *supra* note 147 at p 372.

[164] Levy, *supra* note 161 at 247.

PART III – CASE STUDY: STATISTICS CANADA

The discussion thus far has been highly conceptual. I have been concerned with exploring certain issues related to the basic structure of s. 41 as a legal norm—issues which the courts have only engaged with in a very superficial way—so as to better define the range of circumstances in which it might plausibly be said to impose some justiciable constraint on executive action. While much remains to be said about s. 41 as a whole—especially with respect to the eligibility and sufficiency criteria, each of which turns on the definition one gives to the concept of the vitality of a linguistic minority community—it is possible to illustrate in more detail how the Casuistic Thesis might operate in practice. In order to do so, I turn now to the decision of the Federal Court in *Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada v. Canada (Attorney General)*,[165] which I believe was—in light of the foregoing—wrongly decided. My analysis of this provides both an illustration of the Casuistic Thesis in practice, as well as a further argument in its favour.

A - Case background

The issue in that case was whether the federal government's decision to abolish the mandatory long-form census (in which a randomly selected subset of the population was required to fill out a more detailed census questionnaire) contravened Part VII of the OLA. It was widely argued at the time—including by the head of Statistics Canada, who resigned in protest over the decision[166]—that the long form census needed to be mandatory in order to produce accurate and reliable data on a range of social and economic phenomena.[167] The applicant in the case, the FCFA, argued that because accurate census data was essential both to ascertaining the number of francophones in a given area—and thus to determining a range of governmental obligations that explicitly depend on numbers—as well as to the on-going study of OLMC vitality and development (a necessary precondition to pinpointing targets for action and setting priorities, as well as rational policy-making more generally), the decision to make the long form census voluntary would directly undermine the

---

[165] FCFA v Canada, supra note 5.

[166] Steven Chase & Tavia Grant, "Statistics Canada chief falls on sword over census", *The Globe and Mail* (21 July 2010), online: <http://www.theglobeandmail.com/news/politics/statistics-canada-chief-falls-on-sword-over-census/article1320915/>.

[167] These fears now appear to have been confirmed: Tavia Grant, "Scrapping of long-form census causing long-term issues for business", *The Globe and Mail* (6 February 2015), online: <http://www.theglobeandmail.com/report-on-business/scrapping-of-long-form-census-causing-long-term-issues-for-business-groups/article22846497/>.

ability of federal institutions to carry out their mandate under Part VII of the OLA, as was therefore invalid.

There was much debate, conducted largely through expert evidence, over the impact of the changes to the reliability and usefulness of future census data, with Boivin J opting for a Solomonic course of action and refusing to make a determination on the issue. He rested his decision instead on his reading of s. 41(2) of the OLA:

> Part VII of the Act – and specifically subsection 41(2) – does not in any way compel the government to collect any data whatsoever by means of the census. As a result, it does not, a fortiori, in any way require that data be collected by means of a mandatory long-form questionnaire. In fact, no provision of Part VII of the Act, or any other part of that Act – or, in fact, any part of the Charter – requires that data be collected by means of the census as the sine qua non of the rights it protects.[168]

Boivin J went on to note that, in the past, the Governor in Council had proceeded by way of regulation when he wished to impose a specific methodology for counting the number of French and English speakers for the purposes of the OLA, as in the case of Part IV.[169] The lack of such a regulation adopted under s. 41(3) indicated that Part VII imposed no requirements in this regard.

B - Analysis

There are many problems with Boivin J's reasoning here. The first has to do with his way of framing the relationship between language rights and census methodology. Boivin J advances a very general proposition, namely, that neither the OLA nor the Charter imposes an obligation to collect data by means of a census. This is very clearly wrong. Numerous language rights provisions—ss. 20 and 23 of the Charter, for instance—specifically incorporate a numerical threshold for the crystallization of certain rights. While they do not stipulate the use of a particular methodology, such as the long-form census in use prior to 2010, they necessary entail that there be a duty on the government to carry out an accurate and reliable count of the population, without which its primary obligations cannot be fulfilled. While the government clearly enjoys some discretion in this respect, any method

---

168 *FCFA v Canada*, *supra* note 5 at para 40.

169 See the Official Languages (Communications with and Services to the Public) Regulations, SOR/92-48.

chosen by it to perform that duty must be reasonable, i.e. rationally capable of achieving the desired goal.[170] If a particular methodology (or type of methodology) were the only way of producing sufficient and reliable statistical data in a given context, the government would be required, as a corollary to its primary obligation, to employ that method.[171] Similarly, if a particular method were selected that was demonstrably incapable of producing complete and accurate data, the decision to employ it could be quashed.[172]

Some language rights, like s. 23 of the Charter, might conceivably be satisfied by a relatively straightforward head-count of the population based on strictly linguistic factors (e.g first language learned and still spoken), although this seems highly unlikely.[173] In any event, the nature of the duty imposed by Part VII of the OLA requires that federal institutions have access to a much more comprehensive statistical portrait of OLMCs so as to determine the proper course of action. An institution can "enhance" the vitality or support the development of an OLMC only if it has access to reliable information regarding those communities.[174] Therefore, if the long-form census were the only viable means (amongst those being considered) to produce such a portrait, Part VII would, as a corollary to the main obligation, impose a duty on Statistics Canada to employ it.

---

[170] Dunsmuir, supra note 81 at para 46; Baker, supra note 78 at para 63; Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corp, [1947] 2 All ER 680 (EWCA).

[171] For example, in 2006 the federal government carried out a special study on the vitality of OLMCs (Survey on the Vitality of Official-Language Minorities). This study was conducted based on the data produced by the long-form census. See: http://www23.statcan.gc.ca/imdb/p2SV.pl?Function=getSurvey&SDDS=5099 (verified on 12 September 2015).

[172] See for instance: *Doucet v Canada*, 2004 FC 1444, [2005] 1 FCR 671.

[173] It seems doubtful to me that it would, given that the Supreme Court has repeatedly construed the mandate contained in s. 23 as including a broader concern for the minority community's linguistic and cultural vitality. These are issues that can only be adequately addressed if one has a "thicker" dataset regarding the sociological composition and structure of the rights-bearing community.

[174] Indeed, StatsCan itself has taken this position in its dealings with the Official Languages Commissioner. For instance, in the context of a complaint regarding the methodology used under the Part IV regulations to determine the number of minority language speakers in a given area for the purposes of offering services to the public, StatsCan informed the Commissioner that, in order to respect its obligations under s. 41 of the Act, it undertook numerous analyses of sociolinguistic statistics. Commissariat aux langues officielles du Canada, *Rôles et obligations relativement au Règlement sur les langues officielles - communications avec le public et prestation des services: Secrétariat du Conseil du trésor et Statistique Canada. Rapport préliminaire d'enquête - janvier 2015* (2015) at 10.

Boivin J sought to buttress his reasoning by pointing out that no regulations had been adopted under s. 41(3) stipulating the use of a particular statistical method, as was done under the general regulations adopted for the purposes of Part IV of the Act.[175] Yet his observations in this respect are both irrelevant and unfounded. They are irrelevant because if, properly construed, s. 41(2) imposes a duty to produce accurate and complete statistical data, restrictions as to methodology necessarily flow from this. The fact that the Governor-in-Council has not exercised its power to make regulations under s. 41(3) is immaterial, as this decision can have no impact on the content of the free-standing statutory duty imposed by s. 41(2).

Boivin J's comments are also unfounded, in that there is no evidence whatsoever that Parliament intended the implementation of the duties set out in s. 41(2) to be regulated exclusively by way of subsequent regulation. As I noted above, the evidence from the Senate committee hearings indicates that Part VII regulations were meant to *complement* the inherently justiciable content of the s. 41(2) duty, not replace it. Indeed, were one to hold otherwise, s. 41(2) would become a dead letter, as to this day no regulations have been adopted under s. 41(3). While considered important to the ultimate effectiveness of Part VII, there was never any suggestion in the Parliamentary debates that these regulations were intended to be the only proper means for implementing the s. 41(2) duty.

In fact, this reading is supported by the text of s. 41(3) itself. The latter states only that the Governor in Council "may" adopt such regulations, which, arguably, indicates that Parliament wished to leave the Cabinet free to refrain from doing so if it wished.[176] If, as Boivin J suggests, regulations were necessary to transform s. 41(2) into a set of binding and justiciable obligations, this would mean that the existence of these obligations would be left entirely to the discretion of Cabinet. Not only is that contrary to the explicit language of s. 41(2), which clearly imposes a duty rather than merely conferring a power, it would lead to an absurd result, given the purpose that Parliament hoped to achieve in enacting the 2005 amendments—namely, to ensure that s. 41 was binding and justiciable in its own right. One might counter this argument by claiming that "may" should be

---

[175] "It must be noted that the *Official Languages Act* does not prescribe any obligations that require the government to use a specific methodology such as the mandatory long-form questionnaire census. In fact, when Parliament wishes to proceed in such a way, it does so by way of regulations." *FCFA v Canada*, *supra* note 5 at para 42.

[176] "The Governor in Council may make regulations in respect of federal institutions, other than the Senate, House of Commons, Library of Parliament, office of the Senate Ethics Officer or office of the Conflict of Interest and Ethics Commissioner, prescribing the manner in which any duties of those institutions under this Part are to be carried out." OLA, *supra* note 4, s 41(3).

interpreted as meaning "shall" in this case,[177] and that Cabinet has a duty to enact said regulations. That might arguably obviate the conflict outlined above, but it would still conflict with the understanding that prevailed during the Parliamentary debates, in addition to being a highly strained interpretation of the statute in this particular case.

C - Section 41: a beam refracting through different institutional prisms

Taking a step back, what can be said about the obligations of Statistics Canada under s. 41(2)? What sort of "positive measure" can such a department be expected to take to enhance the vitality of OLMCs and support their development? A statutory body can only adopt such measures as are contemplated in its enabling legislation. StatsCan could not simply make an unconditional donation of money to the FCFA, nor fund the operations of francophone theatre groups in Saskatchewan, because these actions are not within its statutory powers. Section 41(2) must therefore be read harmoniously with the legislative framework of each institution, such that it produces obligations that are consistent with the mission and character of that institution.[178] This is no doubt why Part VII, unlike other parts of the OLA, does not benefit from the "primacy" clause found in s. 82 of the Act. Given its very broad ambit, imbuing it with the power to override all other statutes would have created a great deal of legal chaos.

The starting point for a correct analysis of s. 41 in individual cases must therefore be the statutory mandate of the federal institution in question. According to s. 3 of the Statistics Act, StatsCan has the duty to, *inter alia*:

> (a) to collect, compile, analyse, abstract and publish statistical information relating to the commercial, industrial, financial, social, economic and general activities and condition of the people;
>
> […]
>
> (c) to take the census of population of Canada and the census of agriculture of Canada as provided in this Act;
>
> […]

---

[177] There is some precedent for this. See for example: *R v Johnson*, 2003 SCC 46, [2003] 2 SCR 357.

[178] *Thibodeau*, *supra* note 53 at para 112.

> (e) generally, to promote and develop integrated social and economic statistics pertaining to the whole of Canada and to each of the provinces thereof and to coordinate plans for the integration of those statistics.

Its duty to take positive measures under s. 41(2) of the OLA should therefore be construed in light of these overarching institutional obligations. StatsCan must, at a minimum, take *some* action within the context of its general activities to enhance the vitality of OLMCs. But, in light of its statutory framework, its contribution can *only* be one of producing statistical information regarding these communities. Furthermore, certain types of activities may be *necessary* in light of the institution's statutory mandate, as I explained above.

The question then of course is: *how far* does this obligation extend? How do we know when Statscan has discharged its obligations under Part VII of the OLA? It is difficult to say much more on the topic at this juncture, as there remain too many unknowns. First of all, the obligation at issue can only be described as what I have called a standard, and so this question cannot be answered in the abstract. The extent of the obligation can only be specified with a complete factual matrix. But secondly, and perhaps more importantly, significant aspects of s. 41 itself remain to clarified. As I indicated above, the content of the standard(s) flowing from the Casuistic Thesis is defined in relation to certain terms which remain undefined: linguistic minority community, vitality, and development. In the absence of a workable definition for these terms, s. 41 is doomed to remain hopelessly vague as a legal norm. Developing a better understanding of them should therefore be a priority.

CONCLUSION

In this article, I set out to analyse the content of s. 41 as a legal norm. In doing so, I determined that there were two aspects of the norm that required clarification: (1) its basic structure, with respect to the types of constraints it imposed on federal action, and (2) the substantive content of those constraints. So far, only the first of these has been addressed.

With respect to issue (1), I argued that s. 41 should be interpreted in accordance with the Casuistic Thesis, meaning that it is capable of imposing "precise obligations" entitling OLMCs to "specific measures" in particular cases. However, I also argued that, because of the breadth of circumstances to which it applies, and the need to accommodate the legislative mandate of many different federal institutions, s. 41 can only be read as a "standard", not a rule. Standards are legal norms whose precise content cannot be specified fully in advance, unlike a rule,

thus requiring case-by-case adjudication. While indeterminate to a certain degree, such norms are capable of generating obligations to do (or not do) specific things, under the right conditions. For instance, I argued that Statistics Canada is under a duty to generate the statistical data needed in order for public institutions to fully comply with their language rights obligations. In some cases, there may be a range of possible decisions that will satisfy this obligation, while in others it may that only one course of action is acceptable.

(2017-2020) 4 RDL 52

VAN PARIJS, PHILIPPE. *LINGUISTIC JUSTICE FOR EUROPE AND FOR THE WORLD* (OXFORD: OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2011).

Gabriel Arsenault*

Il y a dix ans, Van Parijs écrivait que la langue anglaise était en pleine croissance et qu'elle était sur le point de devenir la première lingua franca mondiale de l'histoire de l'humanité. La tendance s'est confirmée. Utilisant les données de 2006 du site web Ethnologue, Van Parijs rapportait que le mandarin comptait encore 500 millions de locuteurs de plus que l'anglais ; en 2019, toujours selon Ethnologue, l'anglais avait dépassé le mandarin et était désormais parlé par un cinquième des habitants de la planète[1]. C'est un phénomène majeur de notre époque : l'anglais devient chaque jour davantage la langue commune des humains.

Faut-il s'en réjouir ? Absolument : voilà la thèse forte de l'ouvrage. Il faut applaudir et proactivement accélérer autant que faire se peut la démocratisation de la connaissance de l'anglais. Aucune stratégie ne doit être négligée : Van Parijs recommande même de prohiber le doublage à la télévision de films produits en anglais pour favoriser l'apprentissage de la langue [p. 109-113]. Idéalement, il n'y aurait plus aucune poche de la population européenne et mondiale ignorant l'anglais.

Van Parijs se défendrait d'être un anglophile inconditionnel : ce qu'il défend, c'est l'idéal d'une lingua franca européenne et mondiale, pas l'anglais en soi. Il se trouve seulement que dans le monde actuel, la seule langue pouvant sérieusement aspirer au statut de lingua franca est l'anglais — ce qui est indéniable.

Selon le philosophe belge, une langue commune est fondamentalement nécessaire au bon fonctionnement d'institutions communes européennes et internationales, elles-mêmes nécessaires pour s'attaquer aux problèmes transnationaux, comme la crise écologique.

Cette position ne m'apparait pas comme allant de soi, mais supposons qu'il ait raison et qu'une lingua franca soit effectivement une condition nécessaire au bon fonctionnement des institutions transnationales tournées vers la poursuite du bien

* Gabriel Arsenault est professeur à l'École des hautes études publiques (HEP) de la Faculté des arts et des sciences sociales de l'Université de Moncton.

1 Entre autres facteurs expliquant ce développement rapide, rappelons que l'enseignement de l'anglais à l'école est devenu obligatoire en Chine en 2001, comme le rappelle l'ouvrage.

commun. Faut-il en conclure qu'il nous faut une lingua franca ? Le raisonnement — qui semble être celui de Van Parijs — serait fallacieux. En effet, le développement de l'anglais comme lingua franca a de nombreux effets et il faut s'attarder à l'ensemble de ces effets avant de déterminer s'il s'agit d'un bon ou d'un mauvais développement. Van Parijs procède plutôt à l'envers : il part de la conclusion, présentée en une demi-douzaine de pages dans le premier chapitre, qu'une lingua franca est nécessaire et consacre le reste de l'ouvrage à répondre aux contrarguments de ses détracteurs.

Selon Van Parijs, le principal problème avec l'actuelle domination de l'anglais est que les anglophones sont devenus des *free riders*. Tous les non-anglophones ont à apprendre une deuxième langue [l'anglais], alors que les anglophones peuvent se satisfaire de parler seulement leur langue maternelle. Autrement dit, les non-anglophones ont à fournir plus d'effort que les anglophones pour que tous aient une langue commune [ce qui constitue un bien commun]. Pire : même après avoir consenti des efforts considérables pour apprendre l'anglais, les non-anglophones ne maitrisent généralement pas la langue de Shakespeare aussi bien que les anglophones, ce qui les désavantage dans un monde opérant toujours plus en anglais. Van Parijs reconnait l'injustice, mais spécule qu'elle est passagère. À terme, l'anglais sera si répandu qu'il sera très peu couteux de l'acquérir. Ce sera alors les anglophones qui en pâtiront, les non-anglophones bilingues se trouvant plus compétitifs pour des emplois au sein des pays anglophones que les anglophones unilingues au sein des pays non anglophones.

Van Parijs reconnait un autre problème, de nature plus symbolique, avec la domination croissante de l'anglais : elle rend parfois les anglophones arrogants et elle peut humilier les locuteurs d'autres langues, par exemple lorsque les immigrants maitrisant l'anglais n'estiment pas qu'il vaille la peine d'apprendre la langue nationale de leur pays d'accueil. Pour remédier à ce problème, le philosophe accepte la légitimité d'imposer une langue nationale sur un territoire donné — ce qui n'est évidemment pas incompatible avec le bilinguisme et l'apprentissage de l'anglais.

Ainsi, dans le monde que Van Parijs appelle de ses vœux, la vie publique nationale continuerait de se dérouler dans la langue nationale, mais dans toutes les nations, les enfants apprendraient suffisamment bien l'anglais pour pouvoir pleinement participer aux affaires publiques du *demos* mondial, dont la langue commune serait l'anglais. Les Pays-Bas, régulièrement classés par EF Education First comme étant le pays affichant le plus haut niveau de maitrise de l'anglais comme langue seconde, montreraient ici la voie à suivre. Pas moins de 90 % de ses habitants parlent l'anglais, alors que le pays ne compte aucune minorité anglophone.

Je défendrais pour ma part l'idée qu'une anglosphère ainsi universalisée s'approche possiblement davantage de la dystopie que de l'utopie.

Analysons le phénomène de l'hégémonie de l'anglais à l'endroit, c'est-à-dire en prenant ledit phénomène comme point de départ et en s'interrogeant sur ses effets, d'une manière ouverte. Une telle analyse exhaustive est considérablement au-dessus des forces de cette recension, qui se limitera à identifier ce qui me semble être l'angle mort le plus important de *Linguistic Justice* : l'effet de l'anglais sur l'homogénéisation des cultures.

S'il est possible que l'universalisation de la maitrise de l'anglais rende le fonctionnement quotidien du Parlement européen plus lisse, force est de constater qu'elle rend surtout tout-puissants les oligopoles culturels anglo-saxons, comme Neflix ou Disney, qui américanisent ou anglo-saxonisent les cultures mondiales. Partout, nous écoutons les mêmes chansons, nous regardons les mêmes films, les mêmes séries, nous lisons les mêmes bestsellers, les mêmes revues scientifiques, nous utilisons les mêmes plateformes web. Tranquillement, nous en venons partout à cultiver les mêmes rêves, les mêmes valeurs, les mêmes visions du monde — en somme, à partager une même culture.

En quoi l'homogénéisation des cultures est-elle problématique ? Ne serait-il pas préférable de tous partager la même culture ? Je prétends que non, pour la raison forte suivante : une culture peut être envisagée comme une hypothèse concernant la vie bonne et puisque nous n'avons pas trouvé la meilleure façon de vivre, il importe de laisser libre cours à un grand nombre d'hypothèses sur le comment vivre. Si la culture anglo-saxonne mondialisée correspondait à la sagesse, sa propagation serait sans doute bienvenue, mais si nous adoptons une posture plus sainement sceptique, nous devrions nous en désoler. Comme toutes les autres cultures, la culture anglo-saxonne souffre de biais, de préjugés, de travers qui s'avèrent toutefois de plus en plus difficiles à cerner au fur et à mesure qu'elle devient hégémonique, que les visions du monde alternatives pâlissent en se marginalisant.

Fier représentant de la tradition philosophique anglo-saxonne-analytique-libérale-rawlsienne, Van Parijs n'aborde que très superficiellement ce genre de question éthique dans son ouvrage, puisque cette tradition se fait un point d'honneur de ne pas s'intéresser à la vie bonne, associée à la sphère privée — s'intéressant plutôt à la justice au sein de la sphère publique. Autrement dit, cet angle mort du livre est commun à l'ensemble des titres de cette tradition, d'ailleurs absolument dominante aussi bien dans l'anglosphère que dans les pays européens les plus anglophiles.

La critique culturelle du tout à l'anglais ne m'est évidemment pas originale. Par exemple, l'ouvrage [publié en français] de Charles-Xavier Durand, *Une colonie ordinaire du XXI^e siècle* [EME, 2010] décrit avec une fouge et une érudition remarquable les ravages culturels, intellectuels et éthiques de cette hégémonie croissante de l'anglais, en particulier dans le contexte européen. Au lieu de prendre au sérieux cette critique, Van Parijs se contente de citer Durand dans une note de bas de page [p. 215] pour l'accuser, gratuitement, de conspirationniste.

C'est peut-être en particulier dans le monde universitaire, où l'anglais est désormais presque universellement maitrisé, que l'émergente lingua franca s'avère avoir les conséquences culturelles les plus délétères. Les excellents travaux du bibliothéconomiste Vincent Larivière[2] montrent ainsi comment les chercheurs des sciences sociales et des humanités, avides d'augmenter leurs *impact score*, vont tantôt se détourner de l'étude de leur propre nation pour publier dans les prestigieuses revues américaines, tantôt publier en anglais dans leurs propres revues nationales [exactement comme ces artistes qui, pour s'attirer la gloire, passent volontiers à l'anglais[3]]. Il en découle un appauvrissement des connaissances sur les cultures nationales, dévalorisées au passage. D'ailleurs, dans les pays se soumettant avec le plus d'enthousiasme à la logique de l'anglais mondialisé, même les cours universitaires sont de plus en plus offerts en anglais. Ainsi, dans les universités des Pays-Bas, ce sont désormais 25 % des programmes de premier cycle et pas moins de 75 % des programmes de deuxième cycle qui sont offerts en anglais[4].

En somme, le développement d'une lingua franca n'est pas sans danger et Van Parijs, dans son espoir de voir émerger de grandes institutions internationales, apparait nettement trop pressé d'accélérer encore davantage la propagation de l'anglais. Une lingua franca facilite peut-être la collaboration internationale, mais elle a de lourdes conséquences éthiques sur la diversité culturelle, que *Linguistic Justice* échoue à adéquatement reconnaitre. Devant ce phénomène complexe de l'universalisation de l'anglais, une posture plus sceptique, patiente, empirique, nous apparait davantage appropriée.

---

2 Par exemple : Vincent Larivière, « Le français, langue seconde ? De l'évolution des lieux et langues de publication des chercheurs au Québec, en France et en Allemagne » (2018) 59:3 Recherches sociographiques 339.

3 Ce phénomène est brillamment analysé et critiqué par Carl Bergeron dans son compte rendu du roman *New Tab* (Vehicle Press, 2014) de Guillaume Morissette, publié dans le numéro de novembre 2016 de la revue *L'Action Nationale*.

4 Annette de Groot, « The English Trojan horse destroying Dutch universities », (25 janvier 2019), en ligne: *University World News* <https://tinyurl.com/y5c3dlrk>.

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

(2017-2020) 4 RDL 57

Publié le 30 janvier 2017

Réflexions sur les « circonscriptions acadiennes »

Rémi Léger
Professeur en sciences politiques
Université Simon Fraser, Colombie-Britannique

La décision de la cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, rendue mardi 24 janvier, est une victoire pour la collectivité acadienne de la province, mais aussi pour la francophonie canadienne dans son ensemble. Elle nous invite à réinvestir les questions du pouvoir et de la représentation politiques des minorités francophones du pays.

Jusqu'à 2012, la loi électorale néo-écossaise protégeait les « circonscriptions acadiennes » de Argyle, Clare et Richmond. Majoritairement acadiennes et francophones, ces trois circonscriptions se traduisaient par la présence de trois députés acadiens et francophones pouvant promouvoir les intérêts de la collectivité acadienne à l'échelle provinciale.

Elles furent officiellement abolies pour des raisons de nombre. La Commission sur la délimitation des circonscriptions électorales, suivant les ordres du gouvernement néodémocrate de l'époque, a recommandé que les « circonscriptions acadiennes » soient remplacées par de nouvelles circonscriptions où le poids des Acadiens et francophones est considérablement dilué.

La cour d'appel de la Nouvelle-Écosse statue que la nouvelle carte électorale ne respecte pas l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui exige un équilibre entre les principes de la parité électorale et de la « représentation effective » des minorités. De manière précise, elle reproche à la province d'avoir pipé les dés d'avance en exigeant coûte que coûte la parité électorale sur le travail de la Commission sur la délimitation des circonscriptions électorales.

En confirmant le mérite du principe de la représentation effective des minorités, la Cour d'appel convoque la province à repenser le statut et les privilèges de la collectivité acadienne.

Trois voies

La « représentation effective » peut prendre plusieurs formes. En voici trois que la collectivité acadienne néo-écossaise pourrait explorer.

La province pourrait rétablir l'ancienne carte électorale, ou encore dessiner une nouvelle carte qui rétablit les trois circonscriptions désormais abolies. Cette première voie présente cependant des limites, notamment parce qu'elle laisse pour compte les populations acadiennes et francophones ne résidant pas dans les circonscriptions de Argyle, Clare et Richmond.

La deuxième voie exigerait de repenser l'organisation du pouvoir sur le plan provincial, en donnant davantage de responsabilités législatives ou administratives à la collectivité acadienne néo-écossaise. Des pays d'Europe centrale et de l'Est ont fait des tentatives en ce sens, transférant des pouvoirs en éducation, culture, santé et services sociaux vers des institutions locales gérées par et pour les minorités.

Plus près de nous, à la fin des années 1970, la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada proposait un « pouvoir d'initiative » pour les minorités francophones. Elle déclarait qu'une « communauté minoritaire qui a suffisamment de ressources et de vitalité pour planifier et contrôler certains services qui sont près d'elle doit avoir la possibilité d'en réclamer la responsabilité ».

Cette deuxième voie demeure ambitieuse et difficile à réaliser.

Plus réaliste, la province et la collectivité acadienne pourraient s'inspirer de l'expérience néo-zélandaise. Depuis 1867, un nombre de sièges est réservé pour les Maori, qui varie selon le nombre d'électeurs inscrit sur la liste électorale maori. L'innovation est de superposer deux cartes électorales, une première pour la liste électorale nationale, une seconde pour la liste électorale maori.

Cette troisième voie de cartes électorales superposées est-elle envisageable en contexte néo-écossais ?

En terminant, le tribunal néo-écossais, en proposant une interprétation généreuse de l'article 3 de la *Charte canadienne*, donne un nouveau souffle aux questions du pouvoir et de la représentation politiques des minorités francophones. Il est à souhaiter que nos organismes et nos institutions saisiront la balle au rebond.

Blogue sur les droits linguistiques

(2017-2020) 4 RDL 59

Publié le 30 janvier 2017

Je suis compté, donc je suis ! Comment un simple changement au recensement canadien améliorerait le sort de la francophonie hors Québec

Mark C. Power, Marc-André Roy, Justin Dubois, Jean-Pierre Hachey, Maxine Vincelette, Ottawa
Ania Kolodziej, Jennifer Klinck, Vancouver
Avocat(e)s, Juristes Power[1]

Plus tôt cette semaine, *Le Devoir* faisait état du recul marqué de la population de langue maternelle française projeté par Statistique Canada au Québec et ailleurs au pays. Bien que la perte de vitesse du français comme langue maternelle au Québec soit notable, elle est certainement plus préoccupante à l'extérieur du Québec. Selon les estimations, la proportion d'individus ayant le français comme langue maternelle à l'extérieur du Québec passera de 3,8 % à 2,7 %. Ce phénomène serait en grande partie dû à l'immigration, mais aussi à l'assimilation linguistique, à la faible fécondité et au vieillissement de la population.

L'un des facteurs qui contribuent le plus à cette tendance inquiétante est l'absence d'un réseau adéquat d'écoles francophones à l'extérieur du Québec. Un nombre très important d'enfants éligibles à une éducation en langue française n'a d'autre choix que de fréquenter des écoles anglophones. Or, tous s'entendent pour dire que si les enfants francophones n'ont pas accès à une éducation dans leur langue, il sera beaucoup plus difficile pour eux de la conserver, sans parler d'essayer de la transmettre à la prochaine génération.

Quelle proportion d'enfants éligibles n'est pas inscrite dans des écoles francophones ? On entend souvent (et notamment cette semaine) qu'environ la moitié des enfants éligibles n'y vont pas. La vérité, c'est qu'il pourrait y en avoir deux fois plus. Combien, au juste ? Impossible de le savoir ! Pourquoi ? Parce que le recensement canadien n'a jamais posé les questions nécessaires…

Comment cela est-il possible ? Trois catégories de citoyens canadiens ont le droit de faire instruire leurs enfants en français à l'extérieur du Québec en vertu de

[1] Les auteur(e)s sont des avocat(e)s exerçants en droit public, en droit de l'éducation et en droits linguistiques.

l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (et bien d'autres sont, dans les faits, éligibles) :

1. les parents dont la langue maternelle est le français ;
2. les parents qui ont fait une partie importante de leur scolarité au niveau primaire dans une école de langue française ; et
3. les parents dont l'un des enfants fréquente ou a fréquenté une école de langue française.

La seule question du recensement permettant de déterminer si un parent a le droit d'envoyer ses enfants dans une école de langue française est celle sur la langue maternelle. Aucune question n'est posée sur la langue de scolarité des parents ou de leurs enfants. Ainsi, sur trois catégories de titulaires de droits, une seule est « comptée » par Statistique Canada dans le recensement. Encore là, la formulation de la question sur la langue maternelle décourage les réponses multiples, donc beaucoup d'individus ayant appris plus d'une langue en indiquent une seule.

Le résultat ? De très nombreuses communautés francophones sont privées d'accès à des écoles de langue française à l'extérieur du Québec, car une proportion importante et toujours croissante de leurs membres n'est pas identifiée par le recensement. Si rien n'est fait, cette tendance est condamnée à s'alourdir étant donné le nombre très élevé et grandissant de couples exogames (c'est-à-dire des couples dont seulement un membre est francophone) et du nombre d'enfants qui apprennent le français seulement à la maternelle. Dans ces deux cas, il s'agit d'individus ayant le droit d'inscrire leurs enfants dans des écoles de langue française, mais qui ne sont pas recensés comme tel par Statistique Canada et qui ne peuvent donc pas être pris en compte lorsque vient le temps de prendre des décisions sur l'ouverture de programmes scolaires ou de nouvelles écoles.

Il s'agit d'un problème de taille pour les communautés d'expression française à l'extérieur du Québec, qui doivent constamment lutter pour préserver leur langue et leur culture. Idem pour les nombreux Québécois qui s'installent à l'ouest d'Ottawa, et qui souhaitent que leurs enfants soient instruits en français. Heureusement, la solution est simple, peu coûteuse, et réalisable : Statistique Canada peut et doit modifier le prochain recensement, qui aura lieu en 2021, de manière à ce qu'il pose deux questions additionnelles pour ainsi identifier la totalité des enfants éligibles à recevoir une éducation en langue française.

Il n'est pas trop tard, mais Statistique Canada – qui relève de Navdeep Bains, ministre de l'Innovation, des Sciences et du Développement économique – doit agir rapidement, car les préparations du recensement ont déjà commencé, et les changements potentiels au questionnaire doivent faire l'objet de tests dès 2018. Il

est aussi important que Patrimoine canadien, et sa ministre, Mélanie Joly, fassent preuve de leadership dans ce dossier important pour l'épanouissement des communautés francophones, une question qui relève d'elle en vertu de la partie VII de la *Loi sur les langues officielles*.

Imaginez s'il n'était pas possible pour le gouvernement québécois de déterminer le bassin d'élèves habitant un arrondissement de Montréal. Il serait impossible de prévoir le nombre ou la taille des écoles. On crierait au meurtre, et avec raison ! Ce que les francophones hors Québec demandent, c'est un accès à des données leur permettant de prendre des décisions basées sur des faits, comme l'ensemble des décideurs publics. Il est absurde que nous n'ayons pas eu accès à de telles données jusqu'à ce jour, et il est grand temps de remédier à cette situation.

Blogue sur les droits linguistiques

(2017-2020) 4 RDL 62

Publié le 21 février 2017

Les Acadiens du Nouveau-Brunswick et la Confédération

Michel Doucet, c.r.,
professeur titulaire et
Directeur, Observatoire international des droits linguistiques

L'année 2017 marque le 150e anniversaire de la Confédération canadienne. Nous avons cru qu'il pourrait être intéressant de revenir sur la position prise par la commuauté acadienne du Nouveau-Brunswick par rapport au pojet de confédération qui a mené à la création du Canada.

La Confédération canadienne a été l'œuvre surtout des gouvernements du Haut-Canada et du Bas-Canada, mais, comme les provinces Maritimes avaient prévu une réunion à Charlottetown en 1864 pour discuter d'une fusion possible des provinces du Nouveau-Brunswick, de la Nouvelle-Écosse et de l'Île-du-Prince-Édouard, le gouvernement canadien a alors décidé d'aller y proposer son projet confédératif. Les provinces du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse décidèrent d'adhérer au projet conjointement avec les provinces d'Ontario et du Québec. Or, la discussion entourant ce projet soulèvera les passions au Nouveau-Brunswick et donnera lieu à deux élections référendaires[1]. À l'occasion de ces deux référendums, les Acadiens manifesteront leur désaccord concernant le projet.

L'adhésion du Québec, province majoritairement francophone, au projet confédératif aurait dû inciter les Acadiens, pût-on croire, à le voir d'un œil favorable. Or, s'il est vrai que la Confédération accordait au Québec à titre de province une certaine autonomie sur les plans linguistique et culturel, tel n'était pas le cas pour les Acadiens du Nouveau-Brunswick. Minoritaires dans leur province, ils ne pouvaient envisager l'attribution de quelque statut politique particulier que ce soit à leur égard.

En 1865, le premier ministre néo-brunswickois de l'époque, Leonard Tilley, décide de demander à la population de la province de donner à son gouvernement le

[1] P. Doucet, « La politique et les Acadiens » dans Jean Daigle, dir, *L'Acadie des Maritimes*, Chaire d'études acadiennes, Université de Moncton, 1993 à la p 250 [« La politique et les Acadiens »].

mandat de négocier l'entrée de la province dans la nouvelle union. Il subira un échec lors de cette consultation populaire. Au Nouveau-Brunswick, l'idée divise la province en deux. Les gens en faveur de la Confédération sont dirigés par Tilley, tandis que les opposants ont deux principaux porte-paroles, soit Timothy W. Anglin, propriétaire du journal le Freeman de Saint-Jean qui représentait l'opinion des Irlandais catholiques, et Albert J. Smith, député de Westmorland[2].

La défaite du projet d'union, en 1865, fut surtout cuisante dans les régions acadiennes de la province[3]. Il est difficile, du fait de la pénurie d'information sur le sujet d'expliquer cette oposition des Acadiens au projet de confédération[4]. De son côté, Jean-Guy Finn explique que les Acadiens, vu l'absence de moyens de communication, s'étaient fort probablement tenus à l'écart du débat; il spécule également qu'ils ont pu subir l'influence de Timothy Anglin, « un leader extrêmement influent »[5]. M. S. Spigelman, quant à lui, pense plutôt que « l'opposition initiale des Acadiens à la Confédération était probablement basée... sur une forte confiance dans les conseils d'Albert Smith » [notre traduction][6]. D. G. Creighton opine, enfin : « ils tremblaient à l'idée d'être submergé dans une communauté politique plus large »[notre traduction][7].

En 1866, on demandera à nouveau à la population du Nouveau-Brunswick de se prononcer sur la question de la Confédération et, cette fois, elle souscrit au projet même qu'elle avait rejeté une année plus tôt. J.-C. Bonenfant explique dans les termes qui suivent pareil changement de cap :

> le gouverneur, qui jouait encore un rôle politique assez important, se montre en 1866 plus favorable à la Confédération qu'en 1865. Tilley poursuivit une campagne vraiment convaincante profitant même, dans ce but, de son influence dans les sociétés de tempérance; la mauvaise administration de 1865 à 1866 du gouvernement opposé à la Confédération lui fit perdre la confiance du peuple; les Féniens qui entre deux élections avaient envahi le territoire de la province, rappelèrent la nécessité militaire de la Confédération; le loyalisme

---

2 *Ibid* à la p 251.

3 *Ibid*.

4 *Ibid* aux pp 251-52.

5 J.-G. Finn, Développement et persistance du vote ethnique : Les Acadiens du Nouveau-Brunswick, Université d'Ottawa, 1972 à la p 40 [Développement et persistance du vote ethnique].

6 M. S. Spigelman, The Acadian Renaissance and the Development of Acadian-Canadian Relations, 1864-1912: des frères trop longtemps séparés, Dalhousie University, 1975 à la p 62.

7 D. G. Creighton, *The Road to Confederation: The Emergence of Canada, 1863-1867*, Toronto, Macmillan Press, 1964 à la p 199.

> naturel des habitants qui comprirent que Londres favorisait le projet, se réveilla; enfin des fonds électoraux vinrent du Canada-Uni pour aider Tilley[8].

Il semble également que le facteur religieux ait exercé une influence sur ce résultat. En effet, les catholiques avaient joué un rôle non négligeable dans la défaite du projet confédératif à l'élection de 1865. Or, cette opposition au projet disparait l'année suivante et les catholiques irlandais se montrent plus disposés à l'appuyer[9]. Les Acadiens demeurent toutefois opposés fermement à la Confédération, mais ils sont seuls à marquer leur opposition[10].

J.-G. Finn qualifie cette oposition acadienne au projet confédératif de *premier comportement collectif* de la communauté acadienne[11]. R. Baudry renchérit : « cette espèce d'unanimité dans l'opposition au reste de la province constituait leur premier acte politique comme groupe »[12]. Un journal anglophone de l'époque ne sera cependant pas aussi indulgent envers les Acadiens : « N'eût été la population francophone ignorante et illetrée, pas un seul candidat opposé au projet confédératif n'aurait été réélu » [notre traduction][13].

Or, comme l'explique J.-G. Finn, « [on] se perd en conjectures sur les raisons qui auraient pu motiver les Acadiens à faire bloc à part sur cette question »[14]. En revanche, nous rengeant du côté de l'opinion de P. Doucet, nous estimons qu'il ne faut pas sur cette question sous-estimer l'influence du clergé acadien.

> [E]n dépit des directives des évêques Connolly et Rogers, les prêtres des régions acadiennes auraient apparamment manifesté beaucoup de réserves à l'égard de la Confédération. Par exemple, le curé de Barachois, l'abbé François-Xavier LaFrance s'adressant à l'archevêque de Québec écrivait : « Je souscris à ce conseil (qu'il faut être contre la Confédération) et je l'ai donné au peule Acadien quand l'occasion s'est présentée… »[15].

---

8 J.-C. Bonenfant, *La naissance de la confédération*, Édition Leméac, 1969 à la p 16.

9 « La politique et les Acadiens », *supra* note 1 aux pp 254-55.

10 *Ibid* à la p 255.

11 Développement et persistance du vote ethnique, supra note 5 aux pp 39-40.

12 R. Baudry, Les Acadiens d'aujourd'hui : rapport de recherche préparé pour la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, Canada, Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, 1966 à la p 77 [Les Acadiens d'aujourd'hui].

13 *Telegraph*, le 4 juin 1886 à la p 2, cité dans « La politique et les Acadiens », *supra* note 1 à la p 257.

14 Développement et persistance du vote ethnique, supra note 5 à la p 42.

15 « La politique et les Acadiens », *supra* note 1 à la p 256.

Ce front commun des Acadiens contre le projet de Confédération a été perçu avec une certaine appréhension par la communauté anglophone de la province : « Il y avait cette réflexion dérangeante que les francophones du Nouveau-Brunswick étaient en train d'améliorer leur sort au point d'être capables de convaincre qu'ils représentaient une force politique nouvelle » [notre traduction][16].

Puisque le Québec avait donné son appui au projet de Confédération, on aurait pu s'attendre à ce que les Acadiens fassent de même. Mais, pour les Acadiens, le Québec était un pays différent « pas tout à fait étranger, mais autre que l'Acadie qui était leurs pays »[17]. Le comportement des Acadiens du Nouveau-Brunswick au moment de la Confédération représenterait-il la manifestation d'une volonté d'affirmer leurs particularités vis-à-vis aussi bien de la communauté anglophone de la province que du Québec? Il est difficile de répondre à cette question sans se laisser emporter par des conjectures dénuées de fondement factuel. En effet, faute de documents, il est presque impossible de déterminer quelle était la véritable attitude des Acadiens face à la Confédération. Ce que nous avons cependant comme source fiable sont les résultats des élections provinciales de 1865 et de 1867 où les Acadiens ont manifesté sans équivoque leur opposition au projet. Ils ont récidivé lors de la première élection fédérale en 1867 où les deux principaux adversaires de la Confédération, Albert Smith et Timothy Anglin, sont élus dans les circonscriptions à forte proportion acadienne de Westmorland et Gloucester et deux députés anti-fédéralistes sont aussi élus dans les comtés de Kent, soit Auguste Renaud, et Victoria, soit John Costigan[18].

Il est difficile de tirer quelques conclusions que ce soient sur les motifs qui ont mené les Acadiens à s'opposer au projet confédératif. Toutefois, il paraît facile d'établir certains parallèles entre la situation de cette époque et la situation actuelle. Encore aujourd'hui, l'identité acadienne ne se définit pas par rapport au Québec. De plus, il existe toujours une différence significative dans les perceptions qu'ont les Acadiens et la communauté anglophone de la province à l'égard de leur situation. Ces différences de perception sont tellement profondes qu'il nous arrive parfois de nous demander s'ils vivent dans la même province et s'ils ne forment pas plutôt deux immenses solitudes. Finalement, il est difficile de ne pas imaginer certaines comparaisons entre le vote en bloc des Acadiens en 1865 et 1866 et leur appui également, en bloc, au référendum de Charlottetown de 1992[19]. Si dans les

---

[16] W. S. MacNutt, *New Brunswick, a History: 1784-1867*, MacMillan of Canada, Toronto, 1984 à la p 453.

[17] Les Acadiens d'aujourd'hui, supra note 12 à la p 15.

[18] « La politique et les Acadiens », *supra* note 1 à la p 261.

[19] L'Accord de Charlottetown sera soumis à un référendum pancanadien. À l'échelle nationale,

deux premiers cas le vote en bloc des Acadiens semble avoir conduit au rejet du projet confédératif, c'est également leur vote en bloc qui amènera le Nouveau-Brunswick à donner son appui à l'Accord de Charlottetown et, par le fait même, à l'inscription dans la Constitution canadienne du principe de l'égalité des deux communautés linguistiques de langue officielle de la province.

La Confédération de 1867 n'apportera aucune reconnaissance aux Acadiens du Nouveau-Brunswick. En effet, ils apprendront rapidement que la Confédération ne leur a assuré aucune protection tant sur le plan religieux que sur le plan linguistique. Sur le plan religieux, ils croyaient pouvoir compter sur l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En plus de donner aux provinces pleine compétence en matière d'éducation, cet article protégeait également l'enseignement religieux. Cette particularité s'avère significative, car, au moment de la Confédération, les minorités linguistiques pensaient que leur droit à l'éducation dans leur langue, qu'ils associaient étroitement à la pratique de la religion catholique, serait protégé par cette disposition. L'inscription de l'article 93 dans la *Loi constitutionnelle de 1867* a, en outre, fait croire à la communauté francophone du Nouveau-Brunswick que ses droits scolaires seraient protégés. Or, cette opinion était mal fondée. En effet, en 1871, l'Assemblé législative de la province adopte le *Common School Act* dont l'un des objectifs vise à abolir l'enseignement religieux dans les nouvelles écoles publiques. Une tentative de contester judiciairement cette loi en invoquant son incompatibilité avec le droit que reconnaît l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* échoue; les tribunaux jugent que cet article ne protège que les droits scolaires confessionnels prévus dans des dispositions législatives expresses adoptées antérieurement à la Confédération et que, puisque tel n'est pas le cas au Nouveau-Brunswick, la disposition constitutionnelle ne s'avérait d'aucun recours dans la contestation de la validité de cette loi[20].

La seule disposition de la *Loi constitutionnelle de 1867* concernant la langue est l'article 133, lequel prévoit l'existence d'un bilinguisme embryonnaire judiciaire, parlementaire et législatif au palier fédéral et au Québec.

Cette disposition ne tenait aucunement compte des Acadiens du Nouveau-Brunswick. Or, le 12 juin 1867, une pétition signée par 173 Acadiens est déposée à

54,3 % des électeurs s'y opposent et il sera donc rejeté. Il sera cependant approuvé par les provinces de Terre-Neuve et de l'Île-du-Prince-Édouard et par les Territoires du Nord-Ouest. Il sera également approuvé en Ontario par la plus faible des majorités (50,1 %). Au Québec, il sera rejeté par 56,7 % des électeurs. Au Nouveau-Brunswick, l'électorat vote oui à plus de 62 %, les circonscriptions à forte concentration francophone lui donnant un appui très favorable, alors que les résultats seront plus serrés dans les circonscriptions anglophones, un léger avantage étant enregistré pour le camp du non

[20] Ex parte Renaud and others (1873), 14 RNB 273.

l'Assemblée législative par Robert Young, le député de Gloucester. Elle demande à l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick de publier ses débats en français et en anglais. Une autre pétition est également déposée : elle réclame que les avis publics du gouvernement soient eux aussi publiés dans les deux langues. Il n'est donné suite à aucune d'elles[21]. Une résolution visant le même objectif que la pétition de 1867 est présentée en 1874 par Théotime Blanchard, le député de Gloucester. Elle est battue[22]. Par conséquent, il ressort de ces tentatives que les Acadiens étaient familiers à l'époque de la Confédération avec la notion de droits linguistiques[23].

Bien que l'Acadie connaisse dans les années qui suivent la Confédération une certaine renaissance sociale et politique, il faudra attendre les années 1960 pour assister enfin à une reconnaissance juridique de la présence acadienne dans la province. La Confédération canadienne ne lui accordera pour sa part aucune reconnaissance; elle prendra naissance dans l'indifférence totale envers les communautés francophones hors-Québec et notamment envers la communauté acadienne du Nouveau-Brunswick. Les Acadiens avaient donc peut-être raison de se méfier à l'époque de ce pacte confédératif. Ce n'est qu'à la suite de ses revendications qu'elle obtiendra, presque cent ans après la Confédération, la reconnaissance qu'elle demandait déjà à l'époque.

---

[21] Voir R. Wilbur, *The Rise of French in New Brunswick*, Formac Publishing, Halifax, 1989 à la p 3; G. Migneault, *Les Acadiens du Nouveau-Brunswick et la Confédération*, Lévis, Les Éditions de la Francophonie, 2009 aux pp 149-52 [*Les Acadiens du Nouveau-Brunswick et la Confédération*].

[22] Les Acadiens du Nouveau-Brunswick et la Confédération, ibid aux pp 153-54.

[23] *Ibid* à la p 154.

Blogue sur les droits linguistiques

(2017-2020) 4 RDL 68

Publié le 29 mars 2017

Le lancement du livre de Michel Doucet

Michel Bastarache CC, c.r.

Il est très étonnant qu'il n'y ait pas eu, avant aujourd'hui et depuis la Commission que j'ai présidée avec Bernard Poirier en 1981, d'étude d'envergure sur l'aménagement linguistique et l'état du droit en matière de langues officielles au Nouveau-Brunswick. Après tout, le Nouveau-Brunswick est devenu constitutionnellement bilingue depuis lors, et il a connu un bon nombre de controverses linguistiques, plusieurs ayant donné lieu à des décisions judiciaires. Plusieurs articles ont été écrits, notamment des commentaires d'arrêts, et l'Observatoire international des droits linguistiques a fourni de la documentation et des commentaires à qui veut s'instruire sur le sujet. Mais l'examen rigoureux de la mise en œuvre de la Constitution et de la loi n'a été que partielle, et de fait largement le travail de la Commissaire aux langues officielles, qui agit principalement au moyen d'enquêtes sur des plaintes. La poursuite au sujet de la réforme du système de santé, il y a quelques années, a montré jusqu'à quel point une véritable politique des langues officielles a longtemps fait défaut, alors que nous savons tous que les lois et règlements ne sauraient répondre adéquatement aux besoins sans cet appui.

Michel Doucet était le mieux placé pour entreprendre ce travail. Il enseigne dans le domaine, dirige l'Observatoire, agit comme conseiller auprès de groupes sociaux, mais surtout exerce le droit dans ce domaine. On a beau être compétent, il faut aussi avoir le courage et la patience d'entreprendre une tâche de telle envergure. En feuilletant le livre, dont nous faisons le lancement aujourd'hui, vous pouvez constater l'immensité du travail requis.

C'est une chose de se donner à fond pour des semaines ou des mois, c'en est une autre de consacrer 30 ans et plus à une cause, à approfondir ses connaissances, à faire face aux défis personnels que cela entraîne. La mission de la Faculté de droit a été depuis le premier jour d'être le ferment de notre engagement pour l'égalité des langues et des locuteurs au Nouveau-Brunswick; il faut se féliciter qu'un des siens s'y affirme comme leader sur ce plan.

Il y a deux raisons, me semble-t-il, pour affirmer que ce travail était pressant. La première, c'est que le Nouveau-Brunswick s'est présenté comme modèle dans le domaine et a de ce fait voulu, à une certaine époque en tout cas, convaincre d'autres provinces d'adopter le bilinguisme au plan constitutionnel. Pourtant, les efforts en vue de réaliser l'objectif d'égalité de statut et de privilège pour les langues officielles et leurs locuteurs n'ont pas été adéquatement récompensés, selon l'étude de M^{e} Doucet. L'égalité réelle n'est pas atteinte et on peut à peine affirmer qu'elle est en voie de l'être. On a le plus souvent attribué ce fait au manque de volonté politique, aux moyens insuffisants, mais il faut aussi se demander si le modèle choisi était le bon, vu le contexte sociolinguistique de la province.

En somme, l'universalité de l'accès aux services publics partout dans la province, à quelques exceptions près, est-elle réaliste dans une province où le taux de bilinguisme individuel est aussi faible chez les membres de la majorité linguistique? Il est temps de se poser des questions et de faire les changements qui s'imposent dans notre cheminement vers l'égalité des communautés linguistiques au Nouveau-Brunswick. Il est temps de se poser sérieusement la question de savoir si le bilinguisme, comme nous l'avons imaginé, est possible si la majorité linguistique persiste à demeurer largement unilingue. Il y a lieu à tout le moins de se questionner sur notre modèle, modèle dont j'avais déjà questionné la pertinence en 1981, si nous ne voulons pas continuer à accumuler les échecs pendant des décennies encore. Si le modèle doit être réévalué, on peut aussi se demander s'il fournit vraiment une voie à suivre pour d'autres provinces.

La deuxième raison pour laquelle cette étude était pressante, c'est que rien n'est acquis pour toujours et qu'il ne faut jamais que la minorité menacée par l'assimilation baisse la garde. Rappelons-nous qu'un gouvernement de cette province avait aboli les conseils scolaires francophones; qu'un autre gouvernement avait aboli notre gestion du système de santé francophone; qu'un autre gouvernement avait compromis notre représentation électorale. Dans le domaine de l'éducation, le domaine névralgique s'il en est un, une décision de 2016 de la Cour suprême de Colombie Britannique remet en cause bon nombre de nos acquis. La juge Russell s'est référée aux décisions de la Cour suprême du Canada qui ont reconnu et précisé nos droits, mais en a fourni une application étonnante. Elle était d'avis que le nombre serait suffisant pour justifier le droit à une école si cela était justifié au plan des coûts (« cost effective »). La justification serait établie si une école de langue anglaise devrait être mise en place pour le même nombre d'élèves anglophones. Le besoin d'effectuer une comparaison était accepté, mais la comparaison ne se ferait que si une école anglophone similaire était présente dans l'aire de service.

La Cour suprême du Canada avait pourtant déjà décidé que les représentants de la minorité linguistique étaient mieux en mesure de déterminer quand une école était nécessaire et où elle devait être située. Elle avait dit que les normes applicables à la majorité n'étaient pas acceptables. La juge Russell a cependant affirmé qu'il ne fallait pas porter trop attention à l'opinion des parents parce qu'ils n'étaient pas objectifs. Ce à quoi il fallait faire référence, c'est au concept hypothétique du « parent raisonnable ».

Cette cause portait surtout sur le droit à des établissements physiques comparables à ceux de la majorité. Mais la juge était d'avis que le mot « établissement » se référait à une « expérience éducative équivalente » plutôt qu'à un immeuble. Cette « expérience éducative » serait analysée en fonction de plusieurs facteurs, la qualité et la localisation des immeubles au plan physique n'étant qu'un facteur parmi tant d'autres. En réalité, la déférence au jugement du Conseil scolaire de la minorité serait minime. La juge a fait ce constat en affirmant que la décision du Conseil scolaire francophone ne peut être acceptée si elle va créer des obligations qui ne sont pas pratiques pour le gouvernement (« that are inconvenient »), compte tenu du fait que le gouvernement est responsable de nombreux autres programmes sociaux. Ceci signifie que les considérations financières s'étendent bien au-delà de celles qui sont applicables au domaine de l'éducation. L'obligation de considérer les erreurs et les injustices du passé est oubliée.

La juge a aussi affirmé qu'il ne serait pas pratique de considérer le besoin d'équivalence pour toutes les écoles de la minorité, et qu'il serait inacceptable de créer de nouvelles écoles simplement pour empêcher la minorité d'inscrire ses enfants dans les écoles de la majorité. L'équivalence, selon elle, est un seuil à franchir, le droit étant celui de faire respecter une règle de proportionnalité.

Toutes ces expressions et ces catégories semblent bien artificielles au parent qui veut simplement un établissement correct pour l'éducation de ses enfants. Il y avait une preuve abondante d'expert sur l'attachement culturel, les liens communautaires, le rôle des écoles comme lieux de rassemblement pour la minorité, mais la juge a conclu que la preuve sociolinguistique n'était pas utile. Même l'opinion des enseignants et des autres membres du personnel de l'école de la minorité n'était pas acceptée parce que, selon la juge, elle ne semblait pas authentique (« did not have the hallmark of authenticity »). Elle a conclu ce chapitre en affirmant que, la création d'une école, après tout, ce n'est pas apporter une réponse à un problème social (« a social ill »).

Ce qui est encore plus étonnant dans cette décision, c'est la décision de la juge d'appliquer l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés* au droit à des établissements scolaires. Selon la juge, comme il peut y avoir des objets publics qui

s'imposent au gouvernement en même temps que le devoir de mettre en œuvre l'article 23, il peut y avoir des cas où les droits découlant de l'article 23 doivent être refusés. Il s'agit, selon elle, d'une question de priorités. En fait, la juge a appliqué l'article un dans certains cas. Si j'ai bien compris la décision, l'objet public dont elle a tenu compte représente la nécessité de protéger le système de paiements en capital pour la construction d'écoles. À mon avis, si le système n'est pas suffisant pour permettre la construction des écoles aux termes de l'article 23, le système-même est inconstitutionnel.

Ma conclusion est très simple : nous avons pris énormément de temps avant de créer et de mettre en œuvre les droits linguistiques et bien du temps à reconnaître que ce sont des droits fondamentaux dont le fondement réside dans les valeurs que nous chérissons comme nation, nous ne pouvons pas continuer à résister à l'application de ces droits comme s'ils avaient pour effet d'enlever quelque chose aux membres de la majorité. Les principes, l'objet et la nature des droits linguistiques ont maintenant été établis avec beaucoup de clarté.

Il n'y a pas de raison pour que nous nous trouvions encore continuellement devant les tribunaux pour la mise en œuvre des droits linguistiques. Il y a bien entendu encore certaines affaires à clarifier. Par exemple, au Yukon, le Conseil scolaire de langue française, qui compte peu d'élèves, voulait s'assurer que tous les parents qui satisfont aux critères de l'article 23 pourraient prendre avantage de la création des écoles françaises. Le conseil a donc décidé de créer un programme préscolaire pour faciliter l'admission des petits enfants en première année, surtout quand les parents n'ont pas eux-mêmes eu accès à l'éducation dans leur langue. Le conseil a aussi décidé d'admettre dans ces écoles les enfants de parents francophones, mais qui ne sont pas citoyens canadiens. Le gouvernement territorial s'est opposé parce que ces mesures ne sont pas prévues à l'article 23 et pourraient l'obliger à agrandir l'école, une dépense inutile. Il semble donc que la Cour suprême du Canada doive encore se pencher sur l'étendue du droit de la minorité de gérer ses écoles. Il est triste que la défaite des francophones du Yukon et le refus de la Cour suprême du Canada d'entendre leur appel (elle a ordonné un nouveau procès en raison de la conduite du juge) a amené d'autres juridictions à restreindre de la même manière les pouvoirs des conseils scolaires de langue française.

Vous pouvez donc constater que l'ouvrage qui fait l'objet du lancement aujourd'hui est important et qu'il faut encourager encore la recherche et les analyses dans le domaine des droits linguistiques. Il semble en effet qu'il n'y aura pas, avant longtemps encore, une fin à la lutte des minorités linguistiques pour assurer leur avenir.

M[e] Doucet commence justement son ouvrage en décrivant le contexte sociolinguistique et en offrant un aperçu de l'historique des droits linguistiques. Au plan historique, il est clair qu'il n'y a jamais eu d'engagement fort de la majorité pour le bilinguisme. On a refusé d'imposer le bilinguisme aux avocats après la production du rapport spécial sur la dualité linguistique en matière judiciaire. On a refusé de faire du bilinguisme une condition d'emploi pour les hauts fonctionnaires. On n'a rien fait pour favoriser le bilinguisme dans les universités anglophones. Dans le fond, on voit le bilinguisme comme un accommodement nécessaire en vue de la paix sociale.

M[e] Doucet entreprend ensuite la description détaillée des dispositions législatives et réglementaires, prenant le temps d'en définir l'étendue, pour que le lecteur voit clairement quel cadre légal est en place. Il explique que les choix ont souvent été faits suite à des revendications, voire à des crises sociales. Il va diviser son étude par thèmes pour bien tenir compte des catégories de droits et d'obligations. Il va ensuite traiter de la mise en œuvre des droits en se référant à la jurisprudence, mais aussi aux travaux du Commissariat aux langues officielles. Cet éclairage est très utile parce que les rapports du Commissariat ont la vie courte et ne sont jamais examinés sur une longue période, et parce qu'ils montrent le manque de progression dans l'atteinte des objets de la *Loi sur les langues officielles*.

Il est facile de voir pourquoi la réalisation du bilinguisme est si difficile malgré un cadre législatif assez satisfaisant. L'offre active se heurte au fait que les fonctionnaires anglophones ne sont pas souvent bilingues et doivent faire appel à des services retardés et souvent inférieurs. Les policiers peuvent donner l'avis du choix de langue, mais ne peuvent l'accommoder immédiatement dans bien des cas. Les unités françaises dans la fonction publique sont rares, difficiles à établir dans une petite province où la centralisation est souvent nécessaire.

La langue de travail reste l'anglais parce que, la très grande majorité du temps, les gestionnaires supérieurs sont le plus souvent anglophones et unilingues. Karine McLaren, une autre juriste de cette faculté, a noté dans une publication récente la difficulté que cela représente pour la corédaction des lois. La traduction est volumineuse parce que les anglophones sont unilingues, et on parle des coûts du bilinguisme comme d'un fardeau dont la minorité linguistique serait responsable!

Pourquoi 30 ans d'immersion française dans nos écoles a-t-il eu si peu d'impact? Pourquoi la représentation des francophones dans la haute administration est-elle encore insuffisante? Parce qu'on ne recrute pas avec une exigence de bilinguisme, si bien que les francophones devront aussi travailler en anglais dans un milieu culturellement anglais? Les constats qu'on peut faire et que Michel Doucet met en lumière sont les repaires dont il faut tenir compte dans l'analyse de la situation du

bilinguisme au Nouveau-Brunswick. Il n'est en fait pas possible de penser à une application correcte des droits linguistiques sans s'interroger sur les comportements sociaux et les valeurs qui vont influencer leur évolution.

Cet ouvrage va donc nous instruire sur les droits, sur leur mise en œuvre, sur les difficultés à produire un encadrement qui est capable de donner place à une société qui est caractérisée par l'égalité de statut et de privilèges des deux communautés linguistiques officielles. Il faut espérer que la complaisance ne fera pas obstacle aux réformes qui sont encore nécessaires. Il faut espérer que les membres des deux communautés linguistiques feront preuve de l'ouverture d'esprit nécessaire pour ajuster le système aux conditions réelles dans lequel il évolue. Cet ouvrage est un outil indispensable à cette fin. Il faut en remercier Michel Doucet.

Blogue sur les droits linguistiques

(2017-2020) 4 RDL 74

Publié le 18 avril 2017

Le tamazight en Algérie ou l'officialisation au rabais

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

Plus d'une année après ce qu'on a appelé l'officialisation du tamazight en Algérie suite à la révision constitutionnelle survenue au mois de février 2016, force est de constater qu'il ne s'agissait, au fait, que d'une officialisation au rabais, c'est-à-dire une pseudo-officialisation.

En effet, hormis son inscription dans l'article 4 de la Constitution de la République algérienne comme seconde langue nationale et officielle, rien n'a concrètement changé pour le tamazight en Algérie et rien de significatif ne lui a été cédé sur le chemin de l'officialité. L'administration algérienne continue à fonctionner dans un bilinguisme arabe/français[1] qui ne dit pas son nom, le tamazight est enseigné dans des zones très limitées comme une matière quasi-accessoire et l'État algérien n'a pas renoncé à l'arabisation comme objectif stratégique.

Par ailleurs, cela était un peu prévisible au regard de l'énoncé de la Constitution.

Officialisation sans co-officialité ?

L'Article 3 de la Constitution énonce : « L'Arabe est la langue nationale et officielle. L'Arabe demeure la langue officielle de l'État. […] ». L'Article 4, quant à lui, énonce : « Tamazight est également langue nationale et officielle. »

D'emblée, les deux articles semblent inconciliables. Le premier prévoit que l'arabe demeure la langue officielle de l'État algérien et le second que le tamazight est aussi

[1] Le français est le présent absent dans les textes officiels algériens. Présent car les textes officiels continuent à être rédigés aussi bien en arabe qu'en français en Algérie ; absent car il n'a plus aucune présence statutaire dans ces mêmes textes qui y font référence par les mentions « langue étrangère » ou « langues étrangères ».

une langue officielle. En effet, l'usage de l'article défini coupe court à toute discussion : l'arabe est bien la seule langue officielle de l'État algérien.

Que pèse alors l'Article 4 face à l'Article 3 ? Pas grand-chose ! Existe-t-il, en effet, de disposition réglementaire qui pourrait faire d'un idiome une langue officielle sans qu'il soit la langue officielle de l'État ? Est-il possible qu'une seconde langue vienne à être officialisée sans accéder à la co-officialité ? C'est pourtant ce que suggèrent les articles 3 et 4.

Quel modèle de pluri-officialité ?

Parlant toujours du tamazight, l'énoncé de l'Article 4 prévoit que « L'État œuvre à sa promotion et à son développement dans toutes ses variétés linguistiques en usage sur le territoire national », qu'une académie « est chargée de réunir les conditions de la promotion de Tamazight en vue de concrétiser, à terme, son statut de langue officielle », avant d'ajouter que les « modalités d'application de cet article sont fixées par une loi organique ». Outre le fait qu'il s'agit là non pas d'une officialisation actée mais d'une officialisation à venir, l'on est en droit de se demander quel modèle de pluri-officialité sera adopté par l'État algérien si tant est qu'il veuille en adopter un.

En effet, lorsque celui-ci est consacré dans les constitutions nationales, la logique propre au principe juridique d'officialité est avant tout une logique territoriale. Pour autant, cette territorialité de la norme linguistique s'entend de manière spécifique dans chaque État plurilingue. Elle diverge en effet selon que les États reconnaissent une pluri-officialité au sommet ou s'en accommodent au seul niveau local[2]. Autrement dit, il convient de distinguer les États plurilingues en leur centre des États à pluri-officialité décentralisée.

Ainsi, des États, souvent fédéraux – comme le Canada, la Suisse et la Belgique – consacrent plusieurs langues officielles en leur centre avec des territoires distincts plus ou moins soumis à l'une des langues officielles. À l'inverse, d'autres États reconnaissent une seule langue officielle sur l'ensemble de leur territoire en même temps qu'est aménagée une pluralité linguistique à un niveau local : la pluri-officialité est dans ce cas décentralisée. Tout en divergeant donc selon les États, l'organisation du pluralisme linguistique recourt toujours à un aménagement de type territorial. La norme juridique de pluri-officialité ne s'adresse pas à l'individu

[2] On distinguera, par exemple, la Suisse et la Belgique, qui reconnaissent une pluri-officialité au sommet, de l'Espagne et de l'Italie qui s'accommodent d'une pluri-officialité à un niveau local.

mais essentiellement aux autorités de l'État. Par conséquent, elle porte une obligation linguistique aux institutions étatiques.

A cet égard, le moins qu'on puisse dire, c'est qu'un modèle de pluri-officialité peine à se dessiner à partir de l'énoncé de la Constitution de la République algérienne. Il est vrai que l'Article 4, en appréhendant le tamazight « dans toutes ses variétés linguistiques en usage sur le territoire national », pourrait nous faire pencher vers un modèle de pluri-officialité au niveau local sachant que l'on parle kabyle en Kabylie, chaoui dans les Aurès et mozabite dans la vallée du Mzab, pour ne citer que ces trois régions, mais l'État algérien plurilingue se présenterait dans ce cas sous la forme d'une entité divisée en territoires linguistiques qui constitueraient des aires géographiques dans lesquelles une langue déterminée serait reconnue en droit comme juridiquement valide et s'imposerait dans la sphère publique ; chose pour le moins invraisemblable actuellement tant l'État algérien continue à être régi sur le modèle jacobin hérité de la colonisation française. L'article défini utilisé dans l'Article 3 en est la preuve s'il en était encore besoin.

Conclusion

Ce que rappelle de manière péremptoire le préambule de la Constitution de la République algérienne, c'est que : « L'Algérie [est] terre d'Islam, partie intégrante du Grand Maghreb, **terre arabe**, pays méditerranéen et africain ».

Outre le fait qu'il y a entre les deux versions arabe et française du texte de la Constitution une non-équivalence résultant d'une métraduction vraisemblablement entretenue tenant compte des horizons d'attente des deux lectorats (l'arabophone et le francophone) dont j'ai déjà parlé[3], il est à souligner que le tamazight est le grand absent de l'Article 212 qui prévoit :

Toute révision constitutionnelle ne peut porter atteinte :

1 - au caractère républicain de l'Etat ;
2 - à l'ordre démocratique, basé sur le multipartisme ;
3 - à l'Islam, en tant que religion de l'Etat ;
4 - à l'Arabe, comme langue nationale et officielle ;
5 - aux libertés fondamentales, aux droits de l'Homme et du Citoyen ;
6 - à l'intégrité et à l'unité du territoire national ;
7 - à l'emblème national et à l'hymne national en tant que symboles de la Révolution et de la République ;

[3] N. Bessadi, « Le bilinguisme et la (mé)traduction dans les textes officiels en Algérie », en ligne : Blogue sur les droits linguistiques <http://www.droitslinguistiques.ca/es/blogue/6-blogue/410-2016-01-19-13-19-40>.

8 - à la rééligibilité une seule fois du Président de la République.

Autrement dit, le tamazight ne fait pas partie, selon le texte de la Constitution, de ce qui est communément appelé « les constantes nationales » et son officialisation, quand bien même illusoire, est, par conséquent, à la merci de toute nouvelle entreprise de révision constitutionnelle.

Blogue sur les droits linguistiques

(2017-2020) 4 RDL 78

Publié le 1 juin 2017

Procédure de nomination du Commissaire aux langues officielles du Canada : à repenser

M^e^ Michel Doucet, c.r.,
spécialiste en droit linguistique

La désignation de « hauts fonctionnaires du Parlement » renvoie à des postes indépendants qui ont été créés afin d'aider le Parlement à tenir les ministres et la bureaucratie fédérale responsables de leurs actions ainsi que pour protéger les droits reconnus aux Canadiennes et aux Canadiens ou encore pour exécuter certaines fonctions indépendantes du pouvoir exécutif. Les titulaires de ces postes relèvent, comme leur désignation l'indique, du Parlement et non du gouvernement fédéral ou d'un ministère en particulier et, par conséquent, leur nomination, ou leur congédiement, relève également du Parlement. Parmi les postes de hauts fonctionnaires du Parlement, on retrouve notamment celui de vérificateur général, de directeur général des élections, de commissaire aux langues officielles, de commissaire à la protection de la vie privée, de commissaire à l'information, de commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique, de commissaire au lobbying et de commissaire à l'intégrité du secteur public.

Afin d'assurer leur indépendance, la procédure relative à la nomination des détenteurs des ces postes est généralement prévue dans leur loi habilitante. Par exemple, les lois créant les postes de vérificateur général et celui de commissaire aux langues officielles prévoient spécifiquement que les détenteurs des postes sont nommés par le gouverneur en conseil, après consultation du chef de chacun des partis reconnus au Sénat et à la Chambre des communes et sur approbation, par résolution, du Sénat et de la Chambre des communes. L'exigence selon laquelle le gouverneur en conseil doit consulter les chefs des parties reconnus vise à assurer une nomination qui serait à l'épreuve de toute ingérence politique. Jusqu'à la plus récente nomination au poste de commissaire aux langues officielles, cette procédure semblait avoir donné les résultats escomptés : tous les commissaires aux langues officielles avaient été nommés avec l'accord unanime du Parlement. Or, la nomination potentielle de M^me^ Meilleur soulève pour la première fois des allégations d'ingérence politique qui viennent miner l'indépendance du poste.

Un des problèmes en ce qui concerne la nomination du nouveau commissaire aux langues officielles provient du processus de sélection mis en place par le gouvernement. Le processus présente des défaillances qui brouillent la détermination de la compétence réelle de la candidate ou du candidat pour occuper le poste. Le comité de sélection est composé du sous-ministres de Patrimoine canadien, du sous-ministre de Justice Canada, de la dirigeante principale des ressources humaines du Secrétariat du Conseil du Trésor, d'une sous-secrétaire du Cabinet du Bureau du Conseil privé, de deux représentants du Cabinet du premier ministre et d'une représentante du bureau de la ministre de Patrimoine canadien. Les membres du comité représentent donc des institutions qui pourraient faire l'objet de plaintes auprès du Commissariat aux langues officielles et, de ce fait, ces institutions possèdent un intérêt quelconque dans le choix de la personne qui occupera ce poste. De plus, trois de ces personnes exercent un rôle politique immédiat, puisqu'elles travaillent au cabinet du premier ministre et au bureau de la ministre de Patrimoine canadien. Par conséquent, les fonctions qu'occupent ces personnes donnent lieu à une perception d'ingérence politique dans le processus de nomination. Enfin, le fait que la ministre de Patrimoine canadien semble avoir pris la décision ultime concernant ce choix soulève également des questions et semble indiquer que le Commissariat relève de la compétence de ce ministère alors que ce n'est pas le cas.

Si le gouvernement fédéral voulait mettre en place un comité de sélection indépendant pour choisir la ou le prochain commissaire aux langues officielles, il aurait pu s'inspirer du modèle qu'a adopté le Nouveau-Brunswick pour désigner son commissaire aux langues officielles. Au Nouveau-Brunswick, la Loi sur les langues officielles prévoit que le lieutenant-gouverneur en conseil nomme le commissaire sur recommandation de l'Assemblée législative. Avant d'en arriver à la recommandation, un comité de sélection est constitué aux fins de désigner des candidats qui peuvent être nommés à titre de commissaire. Selon la Loi sur les langues officielles, le comité se compose du greffier du Conseil exécutif ou de la personne qu'il désigne, du greffier de l'Assemblée législative ou de la personne qu'il désigne, d'un membre de la magistrature et d'un membre de la communauté universitaire. Le mandat du comité de sélection consiste à dresser une liste de candidats compétents. Après avoir reçue cette liste, le premier ministre consulte le chef de l'opposition et les chefs des autres partis politiques représentés à l'Assemblée législative au sujet d'un ou de plusieurs candidats compétents dont les noms figurent sur la liste.

À mon avis, pareille procédure est beaucoup plus indépendante que celle que le gouvernement fédéral a utilisée pour désigner le prochain commissaire aux langues officielles, car elle minimise la possibilité d'ingérence politique directe ou indirecte dans le processus de sélection. De plus, dans le cas de M^{me} Meilleur, les discussions

qu'elle dit avoir eues avec des responsables hauts placés au sein du cabinet du premier ministre, ajoutent à la perception qu'a le public que les allégeances politiques aient joué un rôle à l'égard de sa nomination.

Le poste de Commissaire aux langues officielles, comme tous les postes de hauts fonctionnaires du Parlement, est beaucoup trop important pour qu'on puisse accepter ne serait-ce qu'une perception d'ingérence politique dans le processus de nomination. Il est également inquiétant de constater que la nomination de M^{me} Meilleur pourrait se faire sans l'approbation unanime du Parlement.

En réaction à la décision, trois plaintes ont déjà été déposées auprès du Commissariat aux langues officielles. Dans la mesure où le premier ministre ne revient pas sur sa décision, celle-ci pourrait être apportée ultimement en révision judiciaire ou contester devant les tribunaux au motif que la procédure prescrite par l'article 49 de la *Loi sur les langues officielles* du Canada, qui prévoit une consultation avec les chefs des partis de l'opposition, n'a pas été respectée. Ceci étant dit, d'autres solutions seraient préférables à la voie judiciaire afin de ne pas poser un tort irréparable, si cela n'est pas déjà fait, à cette institution fondamentale au développement des langues officielles qu'est le Commissariat aux langues officielles.

Blogue sur les droits linguistiques

(2017-2020) 4 RDL 81

Publié le 15 septembre 2017

What Canada's New Indigenous Languages Law Needs to Say *and Say Urgently*

Lorena Fontaine, David Leitch, Andrea Bear Nicholas et Fernand de Varennes*

Note du rédacteur en chef

Le 6 décembre 2016, le premier ministre du Canada, Justin Trudeau, annonçait que son gouvernement « promulguera une *Loi sur les langues autochtones*, conçue de façon conjointe avec les peuples autochtones, dans le but de préserver, de protéger et de revitaliser les langues des Premières Nations, des Métis et des Inuits dans ce pays »[1]. Depuis, le gouvernement fédéral a entamé un processus de consultation avec les Première Nations, les Métis et les Inuits visant l'élaboration d'un projet de loi à cet effet. Dans le contexte de ce processus de discussion et de consultation, un groupe de juristes experts en matière de langues et de droits autochtones nous a proposé le texte que voici, dans lequel ils font état de leurs réflexions sur la forme que doit prendre une éventuelle loi fédérale sur les langues autochtones. L'Observatoire se fait un grand plaisir de partager ce texte avec ses lecteurs, car il s'agit d'une question de première importance pour les droits linguistiques au Canada et à travers le monde.

---

* This paper is co-authored by Lorena Fontaine, David Leitch, Andrea Bear Nicholas and Fernand de Varennes. Background information about each is provided at the end. This paper represents only the views of its authors.

1 Justin Trudeau, Premier ministre du Canada, « Le discours du premier ministre Justin Trudeau devant l'Assemblée extraordinaire des Chefs de l'Assemblée des Premières Nations », en ligne : <http://pm.gc.ca/fra/nouvelles/2016/12/06/discours-du-premier-ministre-justin-trudeau-devant-lassemblee-extraordinaire>.

INTRODUCTION

On December 6, 2016 Prime Minister Justin Trudeau made the following historic statement: “We know all too well how residential schools and other decisions by governments were used as a deliberate tool to eliminate Indigenous languages and cultures. If we are to truly advance reconciliation, we must undo the lasting damage that resulted. So today, I commit to you that our government will enact an *Indigenous Languages Act*, co-developed with Indigenous Peoples, with the goal of ensuring the preservation, protection, and revitalization of First Nations, Métis, and Inuit languages in this country.”

We understand that the new law is currently being drafted and will be introduced in Parliament in the next few months. Such a law is long overdue in Canada. By the end of the first decades of the 21st Century, constitutional provisions or at least national legislation on Indigenous languages had become the norm in most of the Americas. Moreover, the obligation to ‘revitalize’ Indigenous languages is increasingly recognized.

This international trend acknowledges that, as in Canada, the precarious condition of Indigenous languages is not a natural phenomenon but the legacy of the denial of the inherent rights of Indigenous peoples, the suppression of their languages and cultures, and even of the brutal attempts to assimilate Indigenous children by removing them from their families and communities. The result in Canada is that most of the sixty or so Indigenous languages originally spoken here are in danger of extinction in less than a decade. Some predict that only three will survive into the next century.

To reverse this perilous decline, the new law must do more than make symbolic statements or set aspirational goals. In particular, Canada must learn from the experience of other countries that granting “official” or “national” status to any language does not, by itself, guarantee language revitalization and is not even a necessary element of a language revitalization plan. What the new law must do is adopt enforceable rights and obligations implementing the two elements that are necessary to such a plan:

a) the education of Indigenous children in their ancestral languages at public expense;
b) the delivery of federal public services in the Indigenous languages of the local or regional Indian, Inuit and Métis populations.

Inter-generational transmission through publicly funded education

The Preamble of the new law must formally acknowledge and proclaim the following:

1) Section 35 of the Constitution Act, 1982 recognizes and affirms the Aboriginal right of all Indian, Inuit and Métis peoples to transmit their ancestral languages from generation to generation; section 25 of the Constitution Act, 1982 protects this aboriginal right from abrogation or derogation;
2) The Government of Canada is obliged to fund all schools, including immersion schools, and other educational programs dedicated to transmitting the ancestral languages of the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada to the children of those peoples; this obligation applies whether the children are resident on or off a reserve and whether the school is located or the program is delivered on or off a reserve.

The justification for Parliament declaring that section 35 recognizes and affirms Indigenous language rights has existed since 1996. That is when the Supreme Court of Canada adopted the following definition of aboriginal rights under section 35 for Indian and Inuit peoples: "*the practices, traditions and customs central to the Aboriginal societies that existed in North America prior to contact with the Europeans*."[2] The Court later adopted the same definition for Métis people in 2003 though with a "pre-control" test rather than a "prior to contact" test.[3] Clearly, Indian, Inuit and Métis societies all transmitted their ancestral languages from generation to generation prior to those dates. And clearly, those languages were central to those societies.

When writing about Métis Aboriginal rights, the Supreme Court of Canada stated: "The inclusion of the Métis in s. 35 is based on a commitment to recognizing the Métis and enhancing their survival as distinctive communities. The purpose and the promise of s. 35 is to protect practices that were historically important features of these distinctive communities and that persist in the present day as integral elements of their Métis culture." This statement obviously applies equally to the practices, traditions and customs of all Indian and Inuit peoples.

The justification for Parliament declaring the federal Government's funding obligation has existed since 1999 when the Supreme Court wrote: "*Language rights are not negative rights or passive rights; they can only be enjoyed if the means are*

---

2 *R v Van der Peet*, [1996] 2 SCR 507.
3 *R v Powley*, [2003] 2 SCR 207.

provided. This is consistent with the notion favoured in the area of international law that the freedom to choose is meaningless in the absence of a duty of the State to take positive steps to implement language guarantees."[4] It would be meaningless to recognize Indigenous language rights without also providing the means to exercise those rights in a modern context in order to ensure the transmission of these languages from generation to generation.

A further justification for declaring the funding obligation can be found in article 14(3) of the 2007 United Nations Declarations on the Rights of Indigenous Peoples. It reads as follows: "States shall, in conjunction with Indigenous peoples, take effective measures, in order for Indigenous individuals, particularly children, including those living outside their communities, to have access, when possible, to an education in their own culture and provided in their own language." The current Government of Canada has already undertaken to implement this Declaration.

But, as the Prime Minister acknowledged, the most powerful justification for Parliament codifying Indigenous language rights and providing the means to exercise those rights is not legal. It is the history of the damage done to Canada's Indigenous languages by federal residential schools. Moreover, since Indigenous languages remain at the "core of Indianness", the cost of their revitalization remains a federal constitutional responsibility. The financial burden of all Indigenous language education in Canada must, therefore, fall on the Government of Canada, whether it takes place on or off reserve and whether the students are resident on or off reserve.

Any attempt to restrict the scope of the funding obligation to education provided on reserve to children residing on reserve would ignore the demographic reality that many Indigenous people no longer live on reserves or never had reserves. It would also result in litigation about whether this restriction constituted unlawful discrimination based on the Supreme Court of Canada's decisions in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*[5] and *Eldridge v. British Columbia (Attorney General).*[6] Litigation is not the path to reconciliation.

---

4 *R v Beaulac*, [1999] 1 SCR 768.
5 [1999] 2 SCR 203.
6 [1997] 3 SCR 624.

The same rights and obligations for all Indigenous language groups

In our view, the rights and obligations established by the new law should be the same in relation to all Indian, Inuit and Métis ancestral languages. The linguistic situations and goals of each of these three main groups may, of course, be very different. But they may also be very different across the various communities within each group. Even within a single First Nation, the linguistic situation and goals of on-reserve members may be different from those of off-reserve members. It is not possible or practical to address this enormous diversity by drafting separate pieces of legislation for each group or sub-group. The best way for the drafters of the new law to respect the diversity of Canada's Indigenous languages is to limit themselves to proclaiming the same fundamental rights and obligations in relation to all of Canada's Indigenous languages, namely,

1) the right of all Indian, Inuit and Métis parents to educate their children in their ancestral languages in publicly funded schools and programmes, including immersion schools, whether on or off reserve and whether the students are resident on or off reserve;
2) the right of Indian, Inuit and Métis peoples to decide and control the methodologies used to transmit knowledge of and fluency in their languages to the children of their communities;
3) the federal Government's obligation to fund such education and to do so in a manner that ensures that the quality of the education offered in the ancestral language must be equal to that offered in English and French.

The first right gives effect to the first declaration in the Preamble by codifying the Aboriginal right recognized and affirmed by section 35, namely, the right of all Indian, Inuit and Métis peoples to transmit their ancestral languages from generation to generation.

The second right effectively codifies article 14(1) of the 2007 United Nations Declarations on the Rights of Indigenous Peoples Declaration which reads as follows: "Indigenous peoples have the right to establish and control their educational systems and institutions providing education in their own languages, in a manner appropriate to their cultural methods of teaching and learning."

The funding obligation must not be left open-ended and hence subject to bureaucratic manipulation. Substandard Indigenous language education would only serve to undermine the goal of language revitalization. Equality is a legal requirement of education offered in official language minority schools. It should also be a legal requirement of education offered in Indigenous language schools.

Why the new law must support the right to immersion schools

While the destructive role of residential schools is now recognized, the modern equivalent is often overlooked: English and French remain the primary medium of instruction of Indigenous students in most schools across the country *and attendance is compulsory*. Even in schools with Indigenous language programs, students still do most of their learning, speaking, thinking, and functioning in English or French rather than in their ancestral language. As with residential schools, it is the absence of sustained contact with proficient adult speakers that denies children the opportunity to become fluent in their own ancestral languages.[7]

The literature establishes that state-funded immersion education (i.e., the Saami, Maori, Indigenous Hawaiians, Papua New Guineans, and others) has resulted in the resurgence of not only of threatened languages but the associated cultures.[8] It also establishes that children who learn through the medium of their ancestral language tend to do as well or better than children educated solely in the medium of the dominant language. These children (in immersion) also seem to have no difficulty in learning the dominant language and becoming fully bilingual. According to one recent study bilingual children "typically develop certain types of cognitive flexibility and metalinguistic awareness earlier and better than their monolingual peers."[9]

Finally, it is obvious that only immersion can produce truly fluent speakers capable of teaching the language to successive generations.

That said, we do not expect that immersion schools will suddenly appear the day after the new law is proclaimed. Nor do we expect that these schools will be able to immediately meet the equality standards set by the new law. Immersion schools pose significant pedagogical and personnel challenges. For many communities, they will represent a longer-term, not an immediate, goal. Yet, since some communities have already reached this goal, the law must clearly signal their immediate eligibility for federal funding. It must also signal the eventual eligibility

---

7 Tove Skutnabb-Kangas and Robert Dunbar, "Indigenous Children's Education as Linguistic Genocide and a Crime against Humanity? A Global View", online: (2010) 1 Gáldu Čála - Journal of Indigenous Peoples Rights 5-126 <http://www.afn.ca/uploads/files/education2/indigenouschildrenseducation.pdf>.

8 Nancy H. Hornberger, ed, *Can Schools Save Indigenous Languages? - Policy and Practice on Four Continents*, Palgrave Studies in Minority Language and Communities (Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2008).

9 Jessica Ball, "Mother tongue-based multilingual education: Towards a research agenda" paper for MTB-MLE Network, 2013 at 5.

of other communities who are successful in establishing immersion schools whether on or off a reserve.

Giving the language a *raison d'être* outside the classroom

The Preamble of the new law must also formally acknowledge and proclaim the following:

1) The revitalization of Canada's Indigenous languages requires more than education in those languages; it requires that those languages then be used in the delivery and receipt of public services delivered by the Government of Canada to speakers of those languages;
2) Ancestral languages have been and will remain of central importance to the efforts of Indian, Inuit and Métis peoples to maintain and strengthen their distinct political, legal, economic, social and cultural institutions, up to and including self-government; the maintenance and strengthening of these institutions will, in turn, increase the use of those languages;
3) Ancestral languages have been and will remain of central importance to the efforts of Indian, Inuit and Métis peoples to transmit to future generations all aspects of their cultures, including their histories, oral traditions, philosophies, writing systems and names for communities, names and persons; these cultures will, in turn, increase the use of those languages to perpetuate that culture.

These declarations are all intended to acknowledge the place that Indigenous languages must take in Canadian society as a whole, not just in the classroom.

The first declaration is intended to recognize that by integrating Indigenous languages into the delivery of its services to local Indian, Inuit and Métis populations, the federal government will give those languages greater visibility and prestige. It will also create increased employment opportunities in the public service for speakers of those languages. Studies in both Canada[10] and Italy[11] show a dramatic reduction in socio-economic disparities between a linguistic minority

[10] Analyse socioéconomique des communautés de langue officielle en situation minoritaire en fonction des données du recensement de 2006, Rapport final, 31 March 2010, Rapport préparé pour Industrie Canada Analyse socioéconomique des communautés de langue officielle en situation minoritaire, Environics Analytics.

[11] F. de Varennes, "The Challenges of Globalisation for State Sovereignty: International Law, Autonomy and Minority Rights" in Francesco Palermo, Giovanni Poggeschi, Günther Rautz, Jens Woelk, eds, *Globalization, Technologies and Legal Revolution - The Impact of Global Changes on Territorial and Cultural Diversities, on Supranational Integration and Constitutional Theory*, Liber Amicorum in Memory of *Sergio Ortino*, (Nomos, Berlin, Germany, 2012) 113-40.

and members of the majority once the ability to work in the minority language becomes a requirement for employment.

The reality is that parents will have various motivations for wanting their children to be educated in their ancestral languages. Ideally, that choice will not be inspired only by a respect for their elders and preceding generations. Indian, Inuit and Métis parents must also have good reason to believe that knowledge of their ancestral languages, not just English and French, will help their children find employment both in the federal public service and other sectors of the economy.

That said, it is beyond the scope of this paper to set out a specific set of proposals in relation to the federal government's obligation to provide its services in Indigenous languages. That initiative will be complex and require careful consideration and consultation with all of Canada's Indigenous language groups.

Justifications for the second proclamation is once again found in the United Nations Declarations on the Rights of Indigenous Peoples Declaration, Articles 5, which reads: Indigenous peoples have the right to maintain and strengthen their distinct political, legal, economic, social and cultural institutions, while retaining their right to participate fully, if they so choose, in the political, economic, social and cultural life of the State." Self-government would also recognize the right to promulgate laws in ancestral languages. But this will mean little if those languages have lost their currency and vitality by the time self-government is achieved.

Justification for the third declaration is found in Article 13 of the Declaration which reads as follows: "Indigenous peoples have the right to revitalize, use, develop and transmit to future generations their histories, languages, oral traditions, philosophies, writing systems and literatures, and to designate and retain their own names for communities, places and persons.

The new law should not attempt to regulate how Canada's Indigenous peoples choose to exercise their autonomy over these internal matters. It should, however, clearly recognize their right to do so using their own ancestral languages.

National and/or Regional Institutes in Indigenous Language Education

Their mandates would include:

1) To provide information to parents and communities about how to create new schools and educational programmes dedicated to transmitting the ancestral languages of Canada;
2) To support research into the teaching of Indigenous languages and to collect and disseminate the results;

3) To support the training and certifying of teachers and teacher-aides in culturally appropriate methods of teaching and to support new and existing institutions already engaged in the training of immersion teachers in Indigenous languages;
4) To disseminate information on the benefits of immersion schools;
5) To coordinate the establishment of committees of speakers in each language to establish criteria for the evaluation of language teachers and immersion teacher-training institutions.

CONCLUSION

Une langue que l'on n'enseigne pas, est une langue qu'on tue.

- J. Jullian
-
- Translation: A language that is not taught is killed.

BACKGROUND INFORMATION

Lorena Fontaine (LL.B., LL.M.) Lorena Sekwan Fontaine: l.fonatine@uwinnipeg.ca Lorena is a Cree-Anishinabe lawyer from the Sagkeeng First Nation in Manitoba. She is also an associate professor in the Department of Indigenous Studies at the University of Winnipeg. She is also a doctoral candidate at the University of Manitoba. Her research is on Aboriginal language rights in Canada. Lorena spoken nationally and internationally and has authored articles in on residential school issues and Aboriginal language rights in Canada. Her most recent publication "Our Languages are Sacred: Indigenous Language Rights in Canada" is contained in a collection of essays that reflects the recommendations of Indigenous legal scholars and policy leaders on how Canada can braid together a new legal framework through the implementation of UN Declaration on the Right of Indigenous Peoples. Her PhD research was presented in a CBC documentary entitled "Undoing Linguicide" which was awarded the 2017 RTDNA Adrienne Clarkson Award for Diversity, Radio and Network. She has also worked with the Assembly of First Nations as an advisor on Aboriginal languages for a number of years. Currently, Lorena is an Equality Rights Panel Member of the Court Challenges Program.

David Leitch (LL.B., LL.M.) dgl@dgleitch.ca David went to law school at the University of Toronto and was called to the Bar in 1978. In the year 2000, he completed an LL.M.in constitutional law at Osgoode Hall Law School. His area of interest was linguistic rights, particularly section 23 of the Charter which guarantees francophones outside Quebec the right to educate their children in French in publicly funded schools. He soon started thinking about whether Canada's aboriginal peoples had similar protection under section 35 of the *Constitution Act of 1982.* Building on an earlier article by Fernand de Varennes, David published an article in 2006 arguing that indeed section 35 can and should be interpreted to include the right of aboriginal parents to have their children educated in their own languages. Later that year, he was asked by the Assembly of First Nations to write a proposal for what an Aboriginal Languages Education Act would say. He has continued to speak out on this issue but is currently holding off on his threat to put the issue before the Courts while waiting to see what the new law says.

Andrea Bear Nicholas (BA, BEd, MEd.) andrea.bearnicholas@gmail.com Andrea is Maliseet from Nekotkok (Tobique First Nation), New Brunswick. She served as Chair in Native Studies at St. Thomas University, in Fredericton, NB, for twenty years. Now retired, she was named Professor Emeritus in 2015. Andrea has collaborated with Dorothy Lazore, the founder of the Kahnawake Immersion Program, to establish a 13 course University-based Native Language Immersion Teacher Training Program in 2002, which she continues to administer. She also publishes on Indigenous education, oral traditions, linguistic rights and revitalization. Andrea's extensive experience and background on Indigenous language and educations issues include collaborating and editing ten books of oral traditions for publication in Maliseet; organizing an international conference on immersion education in First Nations co-sponsored by St. Thomas University and the Assembly of First Nations in 2005; a Social Sciences and Humanities Research grant in 2010 to study the effectiveness of adult immersion in the revitalization of Maliseet; and developing sixteen university courses in the Maliseet language for use in an adult immersion programme.

Fernand de Varennes (LL.B., LL.M., Dr. Juris) is Dean of the Faculté de droit at the Université de Moncton and Extraordinary Professor at the Centre for Human Rights of the University of Pretoria. He is also the United Nations' Special Rapporteur on Minority Issues. He is a renowned legal expert on minority and language rights in international law and has published some 200 papers in 30 languages worldwide. Fernand has appeared before UN committees in Geneva and the European Parliament in Brussels, worked with the OSCE High Commissioner on National Minorities, prepared a number of UN documents on linguistic rights of Indigenous peoples and minorities; prevention of ethnic conflicts; political participation of minorities, and been involved in a dialogue seminar on minority rights with the judges of the African Court on Human and Peoples Rights. He prepared a practical handbook on language rights for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights which was launched in March 2017. Fernand has also been keynote speaker for international conferences and taught in training sessions in Africa, Asia, Europe and the Americas. His work has been recognized with accolades and is the recipient of the 2004 Linguapax Award (Barcelona, Spain) and the Knight's Cross of the Order of Merit of the Republic of Poland for his work on advancing and protecting minority language rights.

Blogue sur les droits linguistiques

(2017-2020) 4 RDL 92

Publié le 18 décembre 2017

Quelques points à retenir de l'affaire Sonier c. Ambulance Nouveau-Brunswick Inc.

Philippe Morin
Agent de projet
Observatoire international des droits linguistiques

Les faits et le déroulement de l'affaire

Les faits de l'affaire *Sonier* sont simples. Le 19 février 2013, lorsque son frère a subi une crise sévère d'hypoglycémie, Murielle Sonier a téléphoné le service d'urgence 911 pour recevoir de l'aide médicale. À l'arrivée des secours, ni l'un ni l'autre des deux employés d'Ambulance Nouveau-Brunswick ne parle français, alors que le patient, Danny, et sa sœur sont francophones[1]. Lorsqu'ils ont demandé de recevoir le service en français, les employés d'Ambulance Nouveau-Brunswick auraient répondu : « We don't speak French »[2].

Considérant l'unilinguisme des travailleurs paramédicaux, il y a évidemment eu manquement à l'obligation d'offrir les services dans l'une ou l'autre langues officielles et manquement, il va sans dire, de servir la personne dans la langue officielle de son choix, comme le prévoit les articles 27, 28 et 28.1 de la *Loi sur les langues officielles*[3] du Nouveau-Brunswick, lesquels sont ainsi rédigés :

> 27 Le public a le droit de communiquer avec toute institution et d'en recevoir les services dans la langue officielle de son choix.
>
> 27 Members of the public have the right to communicate with any institution and to receive its services in the official language of their choice.

1 2016 NBBR 218 (CanLII) au para 6 [*Sonier*].
2 Acadie Nouvelle, « Langues officielles : un juge somme Ambulance NB de prendre des mesures concrètes », en ligne : <https://www.acadienouvelle.com/actualites/2017/12/04/langues-officielles-juge-somme-ambulance-nb-de-prendre-mesures-concretes/>.
3 LN-B 2002, c O-0.5.

28 Il incombe aux institutions de veiller à ce que le public puisse communiquer avec elles et en recevoir les services dans la langue officielle de son choix.	28 An institution shall ensure that members of the public are able to communicate with and to receive its services in the official language of their choice.
28.1 Il incombe aux institutions de veiller à ce que les mesures voulues soient prises pour informer le public que leurs services lui sont offerts dans la langue officielle de son choix.	28.1 An institution shall ensure that appropriate measures are taken to make it known to members of the public that its services are available in the official language of their choice.

En plus des violations à la *Loi sur les langues officielles* du Nouveau-Brunswick, il y a également eu violation des paragraphes 16(2) et 20 (2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*[4] :

16 (2) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Nouveau-Brunswick; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions de la Législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick.	16 (2) English and French are the official languages of New Brunswick and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the legislature and government of New Brunswick.
20 (2) Le public a, au Nouveau-Brunswick, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec tout bureau des institutions de la législature ou du gouvernement ou pour en recevoir les services.	20 (2) Any member of the public in New Brunswick has the right to communicate with, and to receive available services from, any office of an institution of the legislature or government of New Brunswick in English or French.

Ambulance Nouveau-Brunswick et la Province du Nouveau-Brunswick ont reconnu avoir manqué à leurs obligations d'offre active et à leur obligation de

[4] Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

fournir à M. Sonier le service dans la langue officielle de son choix[5]. Les parties ont entrepris des discussions et des procédures de médiation, lesquelles ont mené à « l'élaboration d'un exposé de cause [auquel ont] dûment consenti […] toutes les parties »[6].

L'exposé de cause a pour but de « soumettre à l'opinion de la Cour une ou plusieurs questions de droit » lorsque les parties sont d'accord sur l'énoncé des faits[7]. En l'espèce, l'exposé de cause contenait plusieurs questions, dont notamment celles au sujet de la mesure réparatoire la plus appropriée, du niveau de bilinguisme nécessaire des ambulanciers pour respecter les obligations linguistiques, de savoir si les obligations linguistiques d'une institution de la Province ont préséance sur les conventions collectives et de l'obligation de prendre des mesures concrètes pour assurer un accès égal à des services de qualité égale.

Afin de procéder par exposé de cause, il faut toutefois que « la cour estime que la solution des questions posées réglera le litige ou facilitera la solution des questions en litige »[8]. Le juge était cependant d'avis contraire et affirme que « les questions [de droit] soulevées dans l'Exposé de cause dépassent considérablement [le] cadre factuel » de l'action[9]. Selon lui, le fait que le syndicat ne soit pas parti à l'instance constituait un problème, puisque la procédure, a-t-il dit, vise « un recours pour une partie qui n'est pas partie à la procédure »[10].

En appel de la décision, la Cour d'appel a usé du pouvoir discrétionnaire que lui confère la règle 62.03 des *Règles de procédure* pour refuser l'autorisation d'appel[11]. Selon le juge Richard :

> Étant donné l'état du dossier et le consentement des parties, la solution sur le fond des questions soulevées par les plaidoiries peut être assurée par un procès durant lequel les parties peuvent faire les aveux qui s'imposent afin de simplifier les faits en litige. Selon moi, la façon la moins coûteuse et la plus expéditive est de refuser l'autorisation d'appel afin que les parties puissent procéder ainsi sans encourir les délais afférents à un appel[12].

---

5 *Sonier*, *supra* note 1 au para 7.
6 *Ibid* au para 12.
7 Nouveau-Brunswick, *Règles de procédure*, r 24.01-02 [*Règles de procédure*].
8 *Ibid*, r. 24.01(2).
9 *Sonier 2016*, *supra* note 1 au para 24.
10 *Ibid* au para 40.
11 *Sonier c Ambulance New Brunswick Inc.*, [2017] AN-B no 26 (QL) (CA) au para 5.
12 *Ibid*.

L'ordonnance par consentement

Les demandeurs ont donc entamé de nouvelles procédures et le procès était prévu pour les 22 et 23 novembre 2017, mais, souhaitant régler « à l'amiable et ainsi résoudre toutes questions en litige sans la nécessité d'un procès »[13], ils ont demandé à la Cour, le 20 novembre 2017, qu'elle rende une ordonnance par consentement. L'ordonnance prévoit notamment ce qui suit :

1. Les défendeurs mettent en œuvre immédiatement des mesures concrètes pour assurer le respect des obligations prévues à la *Charte* et dans la *LLO* et ils rendent compte annuellement, dans le Rapport annuel préparé par ANB et dans une lettre au Commissariat aux langues officielles, des résultats de leurs efforts en ce sens. Ces mesures concrètes comprennent les éléments suivants :
    a. Que PNB accorde à ANB les ressources financières nécessaires pour assurer la mise en place d'un réseau ambulancier en mesure de respecter les obligations prévues à la *Charte* et dans la *LLO*.
    b. Qu'ANB voit à ce que ses politiques et ses procédures assurent le respect des obligations qui découlent de la *Charte* et de la *LLO* afin d'assurer que les citoyens des deux communautés linguistiques officielles aient accès à un service ambulancier de qualité égale dans la langue officielle de leur choix, et que ces mesures soient révisées sans délai suivant les termes de la présente ordonnance par consentement.
    c. Que PNB et ANB établissent clairement des normes objectives pour déterminer le niveau de compétence linguistique requis à partir duquel un travailleur paramédical sera considéré comme bilingue et que ce niveau s'applique uniformément sur l'ensemble du territoire provincial.
    d. Que PNB et ANB déterminent avec précision le nombre d'employés paramédicaux bilingues qui manquent et se dotent d'un échéancier et d'un plan de dotation visant à combler ces besoins dans les plus brefs délais.
    e. Qu'ANB incorpore dans les avis de concours de travailleurs praramédicaux les exigences linguistiques requises dans la section des compétences requises.

[13] Ordonnance par consentement, nº M/C/0153/14, rendu le 20 novembre 2017.

f. Qu'ANB offre régulièrement à son personnel des séances de formation et de sensibilisation sur les obligations et les droits qui découlent de la *Charte* et de la *LLO*.
g. Qu'ANB fasse une évaluation régulière des compétences linguistiques de ses travailleurs paramédicaux qui sont désignés comme étant bilingues ou qui occupent un poste qui requiert des compétences bilingues.
h. Que les défendeurs mettent en place un plan rigoureux de recrutement de travailleurs paramédicaux bilingues.

Enfin, notons que l'ordonnance prévoit le désistement des demandeurs à l'action intentée contre ANB et la Province du Nouveau-Brunswick, et que pareille désistement empêche également le dépôt de toute autre action supplémentaire à l'égard des circonstances mentionnées dans l'avis de poursuite.

Les points à retenir de l'affaire *Sonier*

En obtenant une ordonnance par consentement, les demandeurs augmentent de beaucoup la probabilité qu'ANB améliore réellement la situation linguistique dans la prestation de leurs services. Considérant qu'il s'agissait d'un dossier d'intérêt public, les demandeurs ont réglé avec la collaboration de la Cour au lieu de régler hors-cour. Les termes du règlement deviennent ainsi publics et l'institution sera redevable dans la mesure où elle ne respecte pas l'ordonnance de la Cour.

Dans la mesure où l'institution ne respecte pas les termes de l'ordonnance, au lieu d'attendre qu'une nouvelle violation des droits linguistiques se produise et qu'on doive entamer de nouvelles procédures judiciaires, M. Sonier pourra demander à la Cour qu'elle émette une ordonnance pour outrage au tribunal[14]. Le cas échéant, la Cour pourra « rendre une ordonnance contre tout dirigeant, tout administrateur, tout employé ou tout représentant qui a ordonné ou autorisé l'outrage ou qui y a consenti ou participé » ou toute autre ordonnance qu'elle juge nécessaire en vertu de son pouvoir inhérent[15].

Enfin, notons que, grâce à cette ordonnance, les institutions qui ont des obligations linguistiques en vertu de la *Charte* et de la *LLO* ont maintenant un plan détaillé de ce qu'ils doivent faire afin de respecter les obligations qu'ils leurs incombent en

---

[14] Règles de procédure, supra note 7, r 76.

[15] *Ibid*, r 76.07 et 76.10. Il convient de noter que la règle 76.07 porte sur les corporations reconnues coupables d'outrage.

vertu des articles 27, 28 et 28.1 de la *LLO* et du paragraphe 20(2) de la *Charte*[16]. Certes, elles ont toujours eu ces obligations et les mesures concrètes que prévoit l'ordonnance ont toujours été implicites au droit d'obtenir un service dans la langue officielle de son choix, l'affaire *Sonier* vient toutefois de les rendre explicite.

Conclusion

Il aura fallu une violation des droits linguistiques et plus de 3 ans et demi pour que les demandeurs obtiennent une ordonnance de la Cour, qui prévoit des mesures concrètes de mise en œuvre du droit de recevoir un service dans la langue officielle de son choix, dans une affaire dans laquelle l'institution et la Province ont admis la violation des droits linguistiques. Pareille procédure représente beaucoup d'effort et d'énergie pour amener les institutions provinciales à faire ce qu'elles sont déjà censées faire afin de respecter les lois de la province. Qui plus est, malgré le consensus des parties, la procédure judiciaire elle-même a connu des embuches et a retardé le tout d'au moins une année. Cela dit, cette affaire a été mené à son terme et constitue un exemple à suivre en matière de droits linguistiques. Aucun détail n'a été négligé afin que l'institution respecte une fois pour toute le droit des citoyens de recevoir un service dans la langue officielle de son choix!

[16] Bien que l'exposé de cause prévoit que la Province du Nouveau-Brunswick et Ambulance Nouveau-Brunswick reconnaissait les violations des articles 27, 28 et 28.1 de la *LLO* et les paragraphes 16(2) et 20(2) de la *Charte*, l'ordonnance ne mentionne que ces dispositions.

Blogue sur les droits linguistiques

(2017-2020) 4 RDL 98

Publié le 5 février 2018

Le bilinguisme des juges à la Cour suprême du Canada : un exemple d'opposition à l'égalité formelle des deux langues officielles

Philippe Morin
Agent de projet
Observatoire international des droits linguistiques

Introduction

Au cours des trente dernières années, la question du bilinguisme des juges à la Cour suprême du Canada a fait couler beaucoup d'encre. À ce sujet, bon nombre d'arguments sont exprimés dans le but de justifier ou de réfuter la demande pour que le plus haut tribunal d'un pays officiellement bilingue soit en mesure d'entendre des causes dans l'une de ces deux langues sans l'aide d'interprétation simultanée et de traduction des documents, ce qui devrait, en principe, découler naturellement du fait d'avoir déclaré deux langues officielles.

Dans le présent texte, nous essayerons de retracer les principaux événements, les modifications législatives et les projets de loi qui portent sur le bilinguisme des juges à la Cour suprême du Canada et ainsi mettre en lumière les différentes nuances qu'il peut y avoir sur la route de l'égalité formelle des deux langues officielles en matière de bilinguisme des juges à la Cour suprême du Canada.

I - Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme

En 1963, craignant la montée du nationalisme québécois, le gouvernement du Canada a mis sur pied la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme. La Commission était composée de dix Canadiens, dont M. André Laurendeau et M. A Davidson Dunton à titre de président conjoint, qui, pendant des mois durant, ont parcouru le pays afin d'entendre ce que les citoyens avaient à

dire au sujet du bilinguisme et du biculturalisme[1]. Plus précisément, la Commission possédait le mandat de :

> faire enquête et rapport sur l'état présent du bilinguisme et du biculturalisme, et de recommander les mesures à prendre pour que la Confédération canadienne se développe d'après le principe de l'égalité entre les deux peuples qui l'ont fondée, compte tenu de l'apport des autres groupes ethniques à l'enrichissement culturel du Canada, ainsi que les mesures à prendre pour sauvegarder cet apport[2].

Les mesures qu'a recommandé la Commission afin de mettre en œuvre le principe de l'égalité entre les deux peuples fondateurs allaient changer de façon substantielle le paysage juridique du Canada. Cela dit, personne n'aurait cru cependant que, 50 ans après la publication du rapport, certaines de leurs recommandations principales ne seraient toujours pas mises en œuvre. En effet, la première étape, selon la Commission, est d'imposer le bilinguisme « aux institutions communes à tous les Canadiens »[3]. Elle a donc émis la recommandation suivante :

> nous recommandons que l'anglais et le français soient formellement déclarés langues officielles du Parlement du Canada, des tribunaux fédéraux, du gouvernement fédéral et de l'administration fédérale [nous soulignons][4].

Selon la Commission, les deux langues devaient se retrouvées notamment « dans des institutions aussi fondamentales que le Parlement et la Cour suprême » pour que tant les francophones que les anglophones aient le sentiment que leur langue soit égale à celle de l'autre[5]. Par conséquent, la Cour suprême du Canada devait également, comme suite à cette recommandation, devenir une institution bilingue[6]. Il va sans dire que cela n'a pas été le cas, mais, comme nous le verrons ci-dessous, ce n'est pas dû à un manque de tentatives.

---

1 Canada, Rapport préliminaire de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, Ottawa, 1965 à la p 5.

2 A. Davidson Dunton, André Laurendeau et Jean-Louis Gagnon, *Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, 1967-1970 à la p XII.

3 *Ibid* au para 268.

4 *Ibid* au para 270.

5 *Ibid* au para 272.

6 *Ibid* à la p 153.

II - Historique législatif

Deux ans après la publication du Livre I : Les langues officielles du *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, le gouvernement fédéral adoptait sa première *Loi sur les langues officielles*[7], faisant du Canada un pays officiellement bilingue.

Loi sur les langues officielles de 1969

La formulation de la recommandation de la Commission n'est pas le fruit du hasard. La Commission savait pertinemment bien que l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoyait déjà qu'il pouvait « être fait usage » du français ou de l'anglais devant les tribunaux du Canada, mais que l'anglais constituait la langue *de facto* de ces tribunaux[8]. Il fallait donc « que l'anglais et le français soient formellement déclarés langues officielles […] des tribunaux » [nous soulignons].

En 1969, le législateur fédéral a plutôt prévu que les décisions, ordonnances et jugements seront émis dans les deux langues officielles lorsque les tribunaux auront à trancher une « question de droit présentant de l'intérêt ou de l'importance pour le public en général ou lorsque les procédures y afférentes se sont déroulées, en totalité ou en partie, dans les deux langues officielles »[9]. En outre, la publication de la décision, de l'ordonnance ou du jugement dans une seule langue officielle n'est permise que lorsque le retard causé par la traduction « entraînerait, soit un retard préjudiciable à l'intérêt public, soit une injustice ou un inconvénient grave pour l'une des parties »[10]. Enfin, le législateur a prévu une disposition permettant le prononcer d'une décision, d'une ordonnance ou d'un jugement dans l'une ou l'autre des deux langues officielles[11].

Somme toute, l'anglais et le français n'ont pas été formellement déclarés langues officielles des tribunaux en 1969, comme l'avait recommandé la Commission royale d'enquête. Au lieu, des dispositions relatives aux prononcés, aux motifs écrits et aux règles de procédure des organismes judiciaires ont été adoptées.

---

7 LC 1969, c 54.

8 Qu'en témoigne la publication en anglais seulement des décisions judiciaires de la Cour suprême du Canada de 1875 à 1970, lesquelles ne seront rendues simultanément dans les deux langues officielles qu'à partir de 1983.

9 *Ibid*, art 5(1).

10 *Ibid*, art 5(2).

11 *Ibid*, art 5(3).

Charte canadienne des droits et libertés

En 1982, le gouvernement a procédé au rapatriement de la Constitution et à l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, laquelle prévoit, aux articles 16 à 20, des droits linguistiques pour le Canada et le Nouveau-Brunswick. Le paragraphe 19(1) prévoit l'emploi des langues officielles devant les tribunaux établis par le Parlement et se lit comme suit :

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

Au regard de la recommandation de la Commission royale, ce paragraphe accorde le droit au citoyen d'employer la langue officielle de son choix, mais ne déclare pas explicitement le français et l'anglais les langues officielles des tribunaux établis par le Parlement. Inspirée de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'article 19 de la *Charte* réaffirme en quelque sorte ce droit d'employer le français ou l'anglais devant les tribunaux. Cela dit, comme le juge en chef Dickson l'avait si bien dit : « nous avons affaire à des dispositions constitutionnelles différentes adoptées dans des contextes différents »[12]. Devant être interprété à la lumière des « objets des dispositions [de l'article 16], lesquelles n'ont pas d'équivalent dans la *Loi constitutionnelle de 1867* »[13], l'article 19 semble prévoir un bilinguisme institutionnel, c'est-à-dire que le droit qui y est prévu sera respecté pour autant qu'il y ait suffisamment de juges qui parle la langue officielle que choisira le justiciable. Le cas échéant, le gouvernement n'a pas à y nommer des juges qui parlent les deux langues officielles, puisqu'il peut compenser l'unilinguisme de ses juges par des méthodes comme l'interprétation simultanée et la traduction des documents et ainsi respecter le droit que confère l'article 19 de la *Charte*.

Toutefois, la Cour suprême du Canada y donnera, en 1986, une interprétation encore plus restrictive. Dans l'arrêt *Société des Acadiens c. Association of Parents*, elle conclura que le droit prévu au paragraphe 19(2) de la *Charte*, qui est essentiellement le même que celui prévu au paragraphe (1), mais à l'égard du Nouveau-Brunswick, ne garantit pas « que la personne qui parle sera entendue ou compris dans la langue de son choix ni ne lui confèr[e] le droit de l'être »[14]. Selon

---

[12] *Société des Acadiens c Association of Parents*, [1986] 1 RCS 549 au para 10 [*Société des Acadiens*]. Voir également *Charlebois c Moncton*, 2001 NBCA 117 aux para 48, 82 et 90.

[13] *Charlebois*, *ibid* au para 93.

[14] Société des Acadiens, supra note 12 au para 53.

la Cour, toute conclusion contraire aurait pour but d'octroyer des droits que l'article 19 ne confère tout simplement pas[15].

Afin d'arriver à une telle conclusion, l'opinion majoritaire de la Cour, au sujet de l'article 16 de la *Charte*, a été que le principe d'égalité qui y est prévu « est un principe d'avancement ou de progression vers l'égalité de statut ou d'usage des deux langues officielles »[16]. Au contraire, si la Cour avait reconnu, comme elle l'a reconnu quelques années plus tard, que l'article 16 « reconnaît officiellement le principe de l'égalité des deux langues officielles du Canada »[17], cela aurait eu pour effet de déclarer indirectement que le français et l'anglais étaient les langues officielles des tribunaux, en tant qu'institution du Parlement et du gouvernement du Canada. Pareille conclusion se serait située quelque part entre la recommandation de la Commission royale de déclarer formellement le français et l'anglais langues officielles des tribunaux et « le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux du Nouveau-Brunswick et dans tous les actes de procédure qui en découlent », que prévoit le paragraphe 19(2). Le cas échéant, le caractère officiel de l'anglais et du français aurait été reconnu au sein de la Cour suprême du Canada et la modification législative qui allait survenir deux ans plus tard n'aurait peut-être jamais vue le jour…

Loi sur les langues officielles de 1988

Devant modifier la *Loi sur les langues officielles* de 1969, notamment pour qu'elle tienne compte des droits linguistiques inscrits dans la *Charte*[18], le gouvernement a adopté une nouvelle *Loi sur les langues officielles*[19] qui prévoit ce qui suit au sujet du bilinguisme des juges des tribunaux fédéraux :

> 16 (1) Il incombe aux tribunaux fédéraux autres que la Cour suprême du Canada de veiller à ce que celui qui entend l'affaire :
>
> a) comprenne l'anglais sans l'aide d'un interprète lorsque les parties ont opté pour que l'affaire ait lieu en anglais;
>
> b) comprenne le français sans l'aide d'un interprète lorsque les parties ont opté pour que l'affaire ait lieu en français;

---

15 *Ibid* au para 73.
16 *Ibid* au para 68.
17 *R c Beaulac*, [1999] 1 RCS 768 au para 22 [*Beaulac*].
18 Voir notamment Michel Bastarache, « Pour une nouvelle loi sur les langues officielles du Canada » (1988) 19 RGD 203.
19 LRC 1985, c 31 (4e suppl) [*LLO*].

> c) comprenne l'anglais et le français sans l'aide d'un interprète lorsque les parties ont opté pour que l'affaire ait lieu dans les deux langues.

En outre, la loi « reconn[ait] que les dispositions [seront] promulguées par des mécanismes de transition, accompagnés d'une aide financière qui permettrait de fournir les services institutionnels nécessaires »[20]. Un délai de cinq ans a effectivement été prévu, sauf pour la Cour d'appel fédérale, la Cour fédérale et la Cour canadienne de l'impôt, après l'entrée en vigueur de l'obligation relative à la compréhension des langues officielles pour les tribunaux fédéraux[21].

Il convient de noter que l'exception pour la Cour suprême du Canada était présente dès le dépôt du projet de loi[22], mais que l'obligation qui y était prévue ne consistait, pour la cour, qu'à « veiller, dans toutes les affaires dont ils connaissent, à ce que le président de l'audience comprenne, sans l'aide d'un interprète, la langue officielle dans laquelle se déroule l'affaire et sont rédigés les actes de procédure »[23]. Une nuance qui n'apparaissait toutefois pas dans la version anglaise du projet de loi (« any judge or other presiding officer ») et qui a été rectifiée au fil des lectures jusqu'à l'adoption du projet de loi.

Plusieurs personnes ont comparu devant le Comité législatif qui a été créé en vue d'étudier le projet de loi C-72 intitulé *Loi concernant le statut et l'usage des langues officielles du Canada*, dont nombreux sont ceux qui ont commenté l'exception qui y est prévu pour les juges de la Cour suprême du Canada. Comme M. Dubois l'a indiqué, « [c]e qui nous frappe en lisant le projet de loi, c'est cette exception pour la Cour suprême »[24].

On ne sait pas exactement pourquoi cette exception a été insérée dans le projet de loi, puisque, s'il y a des documents à ce sujet, ces derniers font vraisemblablement partie des délibérations du cabinet, lesquelles sont protégées par une convention constitutionnelle de confidentialité[25]. Quoi qu'il en soit, M. Dubois avait raison

---

[20] *Beaulac*, *supra* note 15 au para 22.

[21] *LLO*, *supra* note 17, art 16(3).

[22] PL C-72, Loi concernant le statut et l'usage des langues officielles du Canada, 2e sess, 33e lég, 25 juin 1987.

[23] *Ibid*, art 15(1).

[24] Chambre des communes, Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-72, *Loi concernant le statut et l'usage des langues officielles du Canada*, 2e sess, 33e lég, 17 et 22 mars 1988, fascicule no 1 à la p 10 : 7 [Comité législatif, C-72].

[25] Voir Yves Côté, « La protection des renseignements confidentiels du Cabinet au Gouvernement fédéral : la perspective du Bureau du Conseil privé » (2006) 19 Can J Admin L & Prac 219. Voir également la *Loi sur l'accès à l'information*, LRC 1985, c A-1, art 69, la *Loi*

dans sa prédiction et cette exception est encore en vigueur de nos jours : « [s]i on adopte cette mesure maintenant, cela peut vouloir dire que la Cour suprême sera exemptée de cette obligation pour les 20 ou 30 prochaines années »[26].

III - Les projets de loi

De 1988 à 2008, plusieurs voix se sont fait entendre au sujet de l'exception que prévoit la *Loi sur les langues officielles* et au sujet de la trilogie de 1986. Dès 1995, le Commissariat aux langues officielles du Canada recommandait « que le gouvernement du Canada accorde un poids appréciable aux capacités linguistiques des candidats à la magistrature »[27]. En 1999, il mentionnait que « l'intervention du législateur est nécessaire pour régler nombre des aspects entourant l'utilisation des deux langues officielles dans le système judiciaire »[28]. De 2012 à 2013, il se penchait également, en compagnie de ses homologues du Nouveau-Brunswick et de l'Ontario, sur la question de la capacité bilingue de la magistrature des cours supérieures[29].

En 1999, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *R. c. Beaulac* mettra essentiellement fin à la trilogie de 1986 en écartant l'arrêt *Société des Acadiens* « dans la mesure où [il] préconise une interprétation restrictive des droits linguistiques »[30]. L'année précédente, elle avait rendu le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, dans lequel elle indiquait que le respect des minorités est un principe sous-jacent de la Constitution, et, en 2000, elle rendra l'arrêt *Arseneault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, où « la Cour suprême du Canada y saisit l'occasion pour consolider la nouvelle méthode d'interprétation des droits linguistiques énoncée dans l'arrêt *Beaulac* »[31].

---

sur la protection des renseignements personnels, LRC 1985, c P-21, art 70 et la *Loi sur la preuve au Canada*, LRC 1985, c C-5, art 39, qui, ensemble, composent le régime statutaire relatif au principe de confidentialité des délibérations du Cabinet.

26 Comité législatif, C-72, *supra* note 22 à la p 10 : 7.

27 Commissaire aux langues officielles, L'utilisation équitable du français et de l'anglais devant les tribunaux au Canada, 1995 à la p 107.

28 Commissariat aux langues officielles, L'utilisation équitable du français et de l'anglais devant les tribunaux fédéraux et devant les tribunaux administratifs fédéraux qui exercent des fonctions quasi judiciaires, 1999.

29 Étude du commissaire aux langues officielles du Canada en partenariat avec la commissaire aux langues officielles du Nouveau-Brunswick et le commissaire aux services en français de l'Ontario, *L'accès à la justice dans les deux langues officielles : Améliorer la capacité bilingue de la magistrature des cours supérieures*, 2013.

30 *Beaulac*, *supra* note 17 au para 25.

31 Michel Doucet, Les droits linguistiques au Nouveau-Brunswick – À la recherche de l'égalité réelle!, Laval (Qc), Éditions de la Francophonie, 2017 aux pp 99-108.

Appuyés par une littérature importante sur le sujet[32], tous les efforts qui ont été déployés pendant ces années ont mené au dépôt du premier projet de loi qui avait pour but de redresser la situation en supprimant l'exception de bilinguisme pour les juges de la Cour suprême du Canada.

Projet de loi C-548[33]

Le 15 mai 2008, le projet de loi C-548, intitulé Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (compréhension des langues officielles – juges de la Cour suprême du Canada), proposait de modifier l'article 16 de la Loi sur les langues officielles pour que l'exception qui y est prévue à l'égard de la Cour suprême du Canada soit enlevée et que la Cour soit assujettie à la même obligation que les autres tribunaux fédéraux. Le texte du projet de loi était rédigé ainsi :

> 1. Le passage du paragraphe 16(1) de la *Loi sur les langues officielles* précédant l'alinéa a) est remplacé par ce qui suit :
>
> 16. (1) Il incombe aux tribunaux fédéraux, y compris la Cour suprême du Canada, de veiller à ce que celui qui entend l'affaire :

Le parrain du projet de loi, M. Denis Coderre, présentait ce projet de loi comme suite à une recommandation de Graham Fraser, commissaire aux langues officielles, qui était d'avis que « le plus haut tribunal du pays doit s'assurer de refléter les valeurs et l'identité de ce pays bijuridique et bilingue en nommant des juges bilingues »[34]. M. Coderre ajoutais à ces propos que « la compétence juridique doit comprendre la compétence linguistique, surtout qu'en plus, nous sommes en présence du tribunal de l'ultime chance »[35]. Le projet de loi a franchi l'étape de la première lecture, mais ne s'est pas rendu plus loin.

---

[32] Voir notamment Michel Bastarache et Michel Doucet, *Les droits linguistiques au Canada*, 3e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014 à la p 334, n 138.

[33] PL C-548, Loi modifiant la Loi sur les langues officielles, 2e sess, 39e lég, 2007-2008.

[34] Débats de la Chambre des communes, 39e lég, 2e sess, vol 142, no 096 (15 mai 2008) aux pp 5883-84 (L'hon. Denis Coderre), en ligne : <http://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/39-2/chambre/seance-96/debats>.

[35] *Ibid*. Il est également intéressant de souligner que M. Coderre invoquait, en plus des valeurs d'un pays bijuridique et bilingue, le fait que les deux versions des lois sont égales afin de justifier la modification de la *Loi sur les langues officielles*.

Projet de loi C-559[36]

Le 5 juin 2008, le député Yvon Godin déposait le projet de loi C-559, lequel avait plutôt pour but de modifier l'article 5 de la *Loi sur la Cour suprême* en y incorporant une obligation de compréhension des deux langues officielles pour les juges nommés à la Cour. Le projet de loi était rédigé ainsi :

> 1. L'article 5 de la *Loi sur la Cour suprême* devient le paragraphe 5(1) et est modifié par adjonction de ce qui suit :
>
> Condition de nomination
>
> (2) En outre, les juges sont choisis parmi les personnes visées au paragraphe (1) qui comprennent le français et l'anglais sans l'aide d'un interprète.

Ce projet de loi a connu le même sort que le projet de loi C-548 : il a franchi l'étape de la première lecture, sans plus. Il convient de noter que le député tenait un discours qui s'apparentait à la recommandation de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme : « Notre pays est officiellement bilingue. Il est donc tout à fait normal que les juges de la plus grande cour de notre pays soient capables de lire la loi dans la langue préférée du client »[37].

Projet de loi C-232

La 39e législature ayant pris fin le 7 septembre 2008, Yvon Godin a de nouveau déposé un projet de loi (C-232) le 26 novembre 2008, lors de la première session de la 40e législature. Le projet de loi C-232 est celui qui s'est rendu le plus loin : après avoir été adopté en troisième lecture par la Chambre des Communes, il s'est cependant buté à la majorité conservatrice du Sénat.

L'une des particularités de ce projet de loi est qu'il a été défait le 22 mars 2011 en deuxième lecture au Sénat, sans qu'il ait fait l'objet d'une étude en comité, et ce, bien qu'il ait été renvoyé à un comité le même jour[38]. Depuis 1875, le Sénat n'a renversé qu'un petit nombre de projets de loi et depuis les années 70, son influence « sur les projets de loi des Communes s'est exercée principalement par des

---

36 Débats de la Chambre des communes, 39e lég, 2e sess, vol 142, no 106 (5 juin 2008) à la p 6573 (M. Yvon Godin), en ligne : <http://www.noscommunes.ca/Content/House/392/Debates/106/HAN106-F.PDF>.

37 *Ibid*.

38 Sénat du Canada, « Études et projets de loi », en ligne : <https://sencanada.ca/fr/comites/lcjc/etudesetprojetsdeloi/40-3>.

recommandations des comités d'étude préalable dans leurs rapports sur les projets de loi avant que ces projets de loi ne soient renvoyés au Sénat »[39].

Il convient également de noter qu'à ce moment, bon nombre de personnes se sont dites d'accord avec le principe de l'égalité linguistique et du bilinguisme au sein de la Cour suprême du Canada, mais en désaccord avec ses conséquences : « j'interviens pour ajouter mon nom à la longue liste de personnes qui, bien qu'elles appuient entièrement l'intention du projet de loi C-232, conservent néanmoins des réserves importantes à l'égard de ses conséquences, même si celles-ci sont involontaires »[40]. Des préoccupations que partageait également l'Association du Barreau canadien, lequel a, en bout de ligne, suggéré que l'on modifie plutôt l'article 16 de la *Loi sur les langues officielles* :

> (d) exhorte le Parlement du Canada d'adopter les mesures suivantes afin d'assujettir formellement la Cour suprême du Canada au bilinguisme institutionnel :
>
> - modifier le paragraphe 16(1) de la *Loi sur les langues officielles* afin d'assujettir la Cour suprême du Canada à l'obligation relative à la compréhension des langues officielles sans l'aide d'un interprète;
> - prendre les moyens législatifs, règlementaires et administratifs nécessaire afin d'assurer la mise en œuvre des principes découlant de la présente résolution ;
>
> et, ce faisant, de laisser tomber le projet de loi C-232 en faveur des mesures susmentionnées qui auront pour effet d'assujettir formellement la Cour suprême du Canada au bilinguisme institutionnel[41].

L'Association du Barreau canadien était essentiellement d'avis qu'on devait éviter à tout prix qu'un candidat unilingue, mais qui aurait fait preuve d'un raisonnement juridique exceptionnel, ne puisse pas être nommé en raison de son unilinguisme :

---

39 James R. Robertson, « Rejection of Bills by the Canadian Senate », Document de recherche de la Bibliothèque du Parlement, 5 novembre 1990 aux pp 3-4, cité dans « Le Sénat du Canada – Aperçu législatif et historique du Sénat du Canada », en ligne : <https://sencanada.ca/fr/Content/Sen/committee/391/pub/legislative-f#Renvois:>.

40 Débats du Sénat, 40e lég, 3e sess, vol 147, no 96 (22 mars 2011) à la p 2082 (L'honorable Michael A. Meighen), en ligne : <https://sencanada.ca/fr/content/sen/chamber/403/debates/096db_2011-03-22-f?language=f>.

41 Association du Barreau canadien, « Bilinguisme institutionnel à la Cour suprême du Canada », en ligne : <https://www.cba.org/getattachment/Our-Work/Resolutions/Resolutions/2010/Bilinguisme-institutionnel-a-la-Cour-supreme-du-Ca/10-03-A.pdf>.

« [l'ABC] réitère ses politiques voulant que les nominations à la magistrature soient fondées uniquement sur le mérite des candidat(e)s [… et] affirme que l'inhabilité des juges, au moment d'une nomination, d'être en mesure de comprendre les deux langues officielles ne devrait pas empêcher leur nomination à la Cour suprême du Canada »[42].

Selon l'ABC, le projet de loi C-232 avait pour but de modifier les conditions de nomination à la Cour suprême du Canada en vue d'y ajouter une exigence de bilinguisme. Le cas échéant, il devenait impossible de nommer un candidat et lui offrir, par exemple, des cours de langue par la suite. En évitant de modifier les conditions de nomination et en procédant plutôt à une modification de la *Loi sur les langues officielles*, laquelle n'avait toutefois pas été adoptée par la Chambre des communes dans le cadre du projet de loi C-548, on n'entrave aucunement le processus de nomination, on ne réduit pas « le bassin de candidats autrement considérés qualifiés » et « le Parlement est en mesure d'entreprendre immédiatement des démarches concrètes pour mettre en œuvre le bilinguisme institutionnel au sein de la Cour suprême du Canada »[43].

Projet de loi C-208[44]

Trois mois après la défaite au Sénat du projet de loi C-232, Yvon Godin déposait de nouveau un projet de loi dont le but était de modifier la *Loi sur la Cour suprême*. Le texte du projet de loi C-208 est identique à celui du projet de loi C-232. Rétabli à la deuxième session, il sera toutefois rejeté le 7 mai 2014 lors de la deuxième lecture, à raison de 144 votes contre 129[45]; une faible majorité pour un projet de loi semblable à C-232, lequel avait pourtant suscité beaucoup d'attention et de controverse.

---

42 *Ibid* aux para b et c.

43 *Ibid* au para c.

44 PL C-208, *Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême (compréhension des langues officielles)*, 2e sess, 41e lég, 2011, en ligne : <http://www.parl.ca/LegisInfo/BillDetails.aspx?Language=F&billId=6253359>.

45 Débats de la Chambre des communes, 41e lég, 2e sess, vol 147, no 082 (7 mai 2014) aux pp 5068-69, en ligne : <http://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/41-2/chambre/seance-82/debats>.

Projet de loi C-203

Le 9 décembre 2015, M. François Choquette déposait, à l'instar de son prédécesseur, le projet de loi C-203 intitulé *Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême (compréhension des langues officielles)*[46]. Lors du dépôt, M. Choquette s'exprimait ainsi au sujet de la nécessité de modifier la *Loi sur la Cour suprême* : « C'est une question d'égalité entre les francophones et les anglophones en ce qui concerne l'accès à la justice. En effet, la Cour suprême étant la dernière instance judiciaire, il est impératif que les juges comprennent les deux langues officielles sans l'aide d'un interprète »[47].

Le 25 octobre 2017, le projet de loi allait toutefois être rejeté à raison de 224 voix contre 65.

Bon nombre d'arguments ont été invoqués pour justifier son rejet. L'un porte sur le fait que la modification viserait la composition de la Cour suprême du Canada, laquelle est protégée par la *Loi constitutionnelle de 1982* et donc toute modification qui touche à la composition de la Cour doit recevoir l'aval du Sénat, de la Chambre des communes et des assemblées législatives des provinces. Cet argument tire son origine du *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*[48], bien que des préoccupations semblables aient été soulevées lors du projet de loi C-232, mais la question de la langue n'y a toutefois pas été abordée. Il s'agissait plutôt de savoir si « [u]ne personne qui a autrefois été inscrite comme avocat pendant au moins dix ans au Barreau du Québec peut […] être nommée à la Cour suprême du Canada à titre de juge de la Cour suprême pour le Québec conformément aux articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême* ? » et si le Parlement peut légiférer afin de préciser que « les personnes qui ont autrefois été inscrites comme avocat pendant au moins dix ans au barreau d'une province » peuvent être nommées juges à la Cour suprême du Canada[49]. La Cour étant d'avis que les articles 5 et 6 « contiennent une caractéristique essentielle de la Cour suprême du Canada — sa composition — que protège la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* »[50], toute modification devra

---

46 PL C-203, *Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême (compréhension des langues officielles)*, 1re sess, 42e lég, 2015, en ligne : <http://www.parl.ca/LegisInfo/BillDetails.aspx?Language=F&billId=8060428>.

47 Débats de la Chambre des communes, 42e lég, 1re sess, vol 148, no 005 (9 décembre 2015) à la p 173, en ligne : <http://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/42-1/chambre/seance-5/debats>.

48 2014 CSC 21, [2014] 1 RCS 433.

49 *Ibid* au para 7.

50 *Ibid* au para 19.

donc suivre le processus de modification constitutionnelle prévu au paragraphe 38(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

En s'appuyant sur ce raisonnement, les opposants au projet de loi C-203 voyaient en la capacité linguistique des candidats une modification aux conditions de nomination, laquelle devait conséquemment se faire par la voie de la modification constitutionnelle. Dans le camp opposé, on argumente plutôt qu'il ne s'agit pas d'une question qui touche à la composition de la cour, mais bien une question de compétence des candidats[51]. Le cas échéant, la modification pourrait avoir lieu sans enclencher le processus de modification constitutionnelle prévu au paragraphe 38(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Un nouvel argument dans la saga du bilinguisme des juges à la Cour suprême du Canada a cependant fait son apparition : exiger que les candidats parlent anglais et français reviendrait à exclure les autochtones qui parlent habituellement une langue indigène et l'une des deux langues officielles. Pareille vision du bilinguisme, selon M. Romeo Saganash, a pour conséquence de perpétuer le colonialisme[52]. M. Choquette, parrain du projet de loi, a rétorqué ainsi : « [o]n ne peut pas ajouter des droits aux langues autochtones en enlevant des droits aux peuples fondateurs. On viendrait corriger une situation en créant une discrimination ou une injustice nouvelle »[53]. M. Yvon Godin s'est également exprimé à ce sujet en rappelant que l'anglais et le français sont les deux langues officielles au Canada et que « les lois sont écrites simultanément en anglais et en français par deux équipes de légistes. Elles ne sont pas traduites. "Les juges sont là pour interpréter les lois du Parlement et elles ne sont pas rédigées en langues autochtones" »[54].

---

51 AJEFNB, « Le bilinguisme des juges à la Cour suprême du Canada : quand l'acte ne suit pas les paroles », en ligne : <http://test.ajefnb.nb.ca/le-bilinguisme-des-juges-a-la-cour-supreme-du-canada-quand-lacte-ne-suit-pas-les-paroles/>.

52 Le Devoir, « Romeo Saganash combat le bilinguisme à la canadienne », en ligne : <http://www.ledevoir.com/politique/canada/512463/saganash-s-oppose-au-bilinguisme-colonial-a-la-cour-supreme>.

53 Le Devoir, « Bilinguisme à la Cour suprême : au tour de Choquette de répliquer à Saganash », en ligne : <http://media1.ledevoir.com/politique/canada/512872/au-tour-de-choquette-de-repliquer-a-saganash>.

54 Le Devoir, « Yvon Godin réplique à Romeo Saganash », en ligne : <http://www.ledevoir.com/politique/canada/512578/suivi-bilinguisme-a-la-cour-supreme>.

Projets de loi C-381[55] et C-382[56]

Le 31 octobre 2017, M. Choquette déposait deux autres projets de loi intitulés respectivement Loi modifiant la Loi sur les juges (bilinguisme) et Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (Cour suprême du Canada).

Le projet de loi C-381 a vu le jour comme suite à une recommandation de Graham Fraser, lequel recommandait notamment ce qui suit :

> 5. Le commissaire aux langues officielles recommande que le ministre de la Justice du Canada, d'ici au 1er septembre 2014, accorde au Commissariat à la magistrature fédérale le mandat de :
>
> 5.1. mettre en place un processus visant à évaluer de façon systématique, indépendante et objective les compétences linguistiques de tous les candidats qui ont précisé leur niveau de capacité linguistique dans leur fiche de candidature;[57].

Le Commissaire émettait cette recommandation dans le cadre d'un rapport dont le but était « que tout justiciable canadien puisse pleinement et librement exercer ses droits linguistiques dans ses rapports avec les cours supérieures du Canada, en particulier lorsque le justiciable choisit d'exercer son droit de plaider dans la langue officielle de la minorité »[58]. Par conséquent, le projet de loi C-381 prévoit que :

> 1 La *Loi sur les juges* est modifiée par adjonction, après l'article 3, de ce qui suit :
>
> Bilinguisme — désignation de postes
>
> 4 (1) Le poste désigné bilingue par le procureur général de la province doit être pourvu par une personne qui, en plus de respecter les critères

---

55 PL C-381, *Loi modifiant la Loi sur les juges (bilinguisme)*, 1re sess, 42e lég, 2017, en ligne : <http://www.parl.ca/LegisInfo/BillDetails.aspx?Language=F&billId=8640058>.

56 PL C-382, *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (Cour suprême du Canada)*, 1re sess, 42e lég, 2017, en ligne : <http://www.parl.ca/LegisInfo/BillDetails.aspx?Language=F&billId=9163091>.

57 Commissaire aux langues officielles du Canada en partenariat avec la commissaire aux langues officielles du Nouveau-Brunswick et le commissaire aux services en français de l'Ontario, « L'accès à la justice dans les deux langues officielles : Améliorer la capacité bilingue de la magistrature des cours supérieures », en ligne : <http://www.languesofficielles.gc.ca/sites/default/files/access-justice-capacite-bilingue.pdf>.

58 *Ibid*.

> prévus à l'article 3, parle clairement et comprend bien les deux langues officielles.
>
> Bilinguisme — nomination de juges bilingues
>
> (2) Le juge en chef de la juridiction supérieure de la province peut demander qu'un poste donné soit pourvu par une personne qui, en plus de respecter les critères prévus à l'article 3, parle clairement et comprend bien les deux langues officielles.
>
> Mandat
>
> (3) Le Bureau du commissaire à la magistrature fédérale évalue le niveau de compétence de la personne dans les deux langues officielles.

Le projet de loi C-382 a, quant à lui, pour but de supprimer l'exception que prévoit la *Loi sur les langues officielles* pour la Cour suprême du Canada. En voici la teneur :

> 1 (1) Le passage du paragraphe 16(1) de la Loi sur les langues officielles précédant l'alinéa a) est remplacé par ce qui suit :
>
> 16 (1) Il incombe aux tribunaux fédéraux de veiller à ce que celui qui entend l'affaire :
>
> (2) Le paragraphe 16(3) de la même loi est abrogé.

Le paragraphe 16(3) prévoyant une mise en œuvre progressive échelonnée sur une période de cinq ans pour satisfaire à l'obligation de comprendre les parties sans l'aide d'un interprète.

Comme suite à la défaite du projet de loi C-203 et à l'incertitude qui entoure la modification de la *Loi sur la Cour suprême* pour y ajouter une condition linguistique, il ne reste que la modification de la *Loi sur les langues officielles* pour y enlever l'exception prévue pour la Cour suprême du Canada. Selon M. Choquette, pareille modification semble plutôt être une demi-mesure : « Maintenant, nous pouvons modifier la Loi sur les langues officielles, ce qui pourrait aider la situation, mais ne réglerait pas tout. Ce serait tout de même un bon pas en avant et c'est pour cela que je dépose le projet de loi C-382, Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (Cour suprême du Canada) »[59].

---

[59] Débats de la Chambre des communes, 42e lég, 1re sess, no 226 (31 octobre 2017), en ligne <http://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/42-1/chambre/seance-226/debats> [Débats no 226].

M. Choquette fait notamment allusion au fait que, en supprimant l'exception de bilinguisme prévue à la *Loi sur les langues officielles* pour les juges de la Cour suprême du Canada, on fait place à un bilinguisme institutionnel. Le cas échéant, bien que le justiciable ait le droit d'être compris sans l'aide d'un interprète dans la langue officielle de son choix, les juges de la Cour suprême ne parleront, ni ne comprendront pas nécessairement toutes et tous les deux langues officielles du Canada. Étant la cour de dernier ressort au pays, pareille situation n'est peut-être pas souhaitable. Comme l'a expliqué M. Grammond devant le Comité permanent des langues officielles de la Chambre des communes, « [s]i un Juge de la Cour n'entendait pas les causes en français, […] cela pourrait ouvrir la porte à des choix stratégiques liés à la langue utilisée. En effet, celles-ci pourraient y voir une occasion de contrôler l'identité des juges qui entendraient leur cause. Or cela n'est pas souhaitable »[60].

En modifiant l'article 16 de la *Loi sur les langues officielles*, comme l'entend le projet de loi C-382, cela aura pour conséquence d'assujettir la Cour suprême du Canada à l'obligation de :

> a) compren[dre] l'anglais sans l'aide d'un interprète lorsque les parties ont opté pour que l'affaire ait lieu en anglais;
>
> b) compren[dre] le français sans l'aide d'un interprète lorsque les parties ont opté pour que l'affaire ait lieu en français;
>
> c) compren[dre] l'anglais et le français sans l'aide d'un interprète lorsque les parties ont opté pour que l'affaire ait lieu dans les deux langues.

En modifiant la *Loi sur les langues officielles* comme le propose le projet de loi C-382, « il incombera à tous les tribunaux fédéraux de veiller à ce que les juges qui entendent une affaire puissent comprendre la langue officielle du choix des parties sans l'aide d'un interprète »[61]. Un constat suffisamment important pour que le Comité permanent des langues officielles en fasse sa première recommandation :

---

[60] Canada, « Pour que justice soit rendue dans les deux langues officielles », Rapport du Comité permanent des langues officielles, Chambre des communes, 2017 à la p 13.

[61] Débats nº 226, *supra* note 50.

Qu'au cours du 42e Parlement, le gouvernement du Canada dépose un projet de loi qui garantirait la nomination de juges bilingues à la Cour suprême du Canada[62].

Pareille recommandation pourrait donner plus de poids au projet de loi C-382, lequel pourrait par conséquent être adopté au cours des deux prochaines années.

Conclusion

Malgré les nombreuses tentatives et malgré toutes les nuances qu'il peut y avoir à l'égard de la façon d'y arriver, 50 ans après la recommandation de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, le plus haut tribunal du pays n'est pas encore complètement bilingue et bénéficie encore, 30 ans après son adoption, de l'exception législative relative au bilinguisme des juges de la Cour suprême du Canada.

Certes, la modification de la *Loi sur les langues officielles* risque de permettre une certaine forme de *forum shopping* et, par conséquent, ne constitue peut-être pas une solution souhaitable. Pareille modification est toutefois importante à plusieurs autres égards : 1) elle accorde le droit de façon non équivoque d'être compris dans la langue officielle de son choix à tous les justiciables qui comparaissent devant les juges à la Cour suprême du Canada, 2) elle constitue un symbole important pour les communautés de langues officielles de partout au pays, 3) elle constitue un pas de plus sur le chemin de l'égalité linguistique, et 4) elle envoie également le message à la minorité de langue officielle du pays que leur langue et leur communauté est tout aussi importante que celles de la langue majoritaire.

En outre, l'éventuelle modification de la *Loi sur les langues officielles* nous permettra de constater si le problème en était réellement un de modification constitutionnelle ou d'opposition à l'égalité formelle des deux langues officielles au sein de la Cour suprême du Canada.

Certes, la modification de la *Loi sur les langues officielles* est un pas dans la bonne direction dans notre cheminement vers le bilinguisme de la Cour suprême du Canada et ce pas, si petit soit-il de l'avis de certains, est non négligeable et semble être nécessaire avant de prendre le dernier pas sur ce chemin...

---

62 Rapport du Comité permanent des langues officielles, *Pour que justice soit rendue dans les deux langues officielles*, 2017, en ligne : <http://www.noscommunes.ca/Content/Committee/421/LANG/Reports/RP9287844/langrp08/langrp08-f.pdf>.

Blogue sur les droits linguistiques

(2017-2020) 4 RDL 115

Publié le 12 juin 2018

La Politique 409 relative à la planification pluriannuelle de l'infrastructure scolaire : le cas de l'école de Saint-Paul-de-Kent

M^e^ Michel Doucet, c.r.

INTRODUCTION

En avril 2016, le Ministre de l'Éducation et du Développement de la petite enfance (le Ministre) annonce la fermeture définitive de l'école de Saint-Paul-de-Kent. Le 6 juillet 2016, Marc Henrie et Nadine Arsenault, deux parents ayants droit, déposent une requête en révision judiciaire dans laquelle ils contestent la validité de cette décision. Ils estiment avoir été lésés par la décision du ministre, laquelle serait, selon eux, non autorisée et frustrerait leurs « attentes raisonnables »[1]. Bien que l'avis de requête identifie le Conseil d'éducation du district scolaire francophone Sud (CEDFS) comme partie intimée, aucun redressement n'est sollicité à leur égard. En effet, aucune des décisions prises par le CEDFS n'est attaquée dans la requête.

En ce qui concerne les décisions mises en cause dans cette affaire, rappelons que le 2 février 2016, le CEDFS adoptait une résolution recommandant au Ministre de procéder à la fermeture de l'école de Saint-Paul-de-Kent. La résolution prévoyait également que le Ministre devait « s'assurer que [cette fermeture] respecte l'article 23 de la *Charte* »[2]. Cette résolution est pour le moins étonnante. Si le CEDFS avait des doutes concernant l'application de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la *Charte*), il était de son devoir, en tant que fiduciaire de ce droit, et non au ministre, de s'assurer que cette fermeture était conforme aux droits que prévoit cette disposition.

---

1 Henrie et Arseneault c Province du Nouveau-Brunswick (Ministre de l'Éducation et du Développement de la petite enfance), M/M/85/2016 au para 3, décision inédite [Henrie c GNB].

2 *Ibid* au para 29, qui reproduit la résolution du 2 février 2016 prise par le CEDFS.

Le 16 mars 2016, le CEDFS adoptait une autre résolution :

> Attendu que le CED-DSF-S a convenu par voie de résolution du 2 février 2016 que le ministre de l'Éducation s'assure que la fermeture de l'école Saint-Paul « respecte l'article 23 de la Charte »;
> Attendu que le CED-DSF-S désire réitérer sa recommandation de fermeture de l'école Saint-Paul aux termes de sa résolution du 2 février 2016;
> Attendu que le CED-DSF-S est satisfait des avis juridiques récemment obtenus portant sur l'article 23 de la Charte; et
> Attendu que l'avis juridique obtenu en date d'aujourd'hui confirme que le CED-DSF-S a respecté l'article 23 de la Charte dans le cadre de son Étude de viabilité de l'école Saint-Paul.
>
> Qu'il soit résolu que le CED-DSF-S écrive au ministre de l'Éducation pour mettre à exécution les recommandations retrouvées dans l'avis juridique obtenu.

Enfin, le 31 mars 2016, le CEDFS adoptait une troisième résolution :

> ATTENDU QU'une mise en contexte comporte tous les éléments factuels pertinents qui ont donné lieu à la tenue de la présente réunion extraordinaire et que ladite mise en contexte est donc annexée à la présente résolution à titre de pièce de référence;
>
> ATTENDU QUE le Ministre n'a toujours pas pris de décision relative à la recommandation de fermer l'École et qu'une décision ne saurait tarder sur ce plan compte tenu des échéanciers prévus à la politique 409;
>
> ATTENDU QUE le CÉD du DSF-S n'est pas opposé à la demande de certains parents et membres de la communauté de Saint-Paul-de-Kent qu'une étude sociolinguistique puisse être obtenue auprès du Ministre Rousselle et que le CÉD du DSF-S a même fait valoir cette demande particulière auprès du Ministre;
>
> QU'IL SOIT résolu que le CÉD du DSF-S accepte la demande d'étude sociolinguistique telle que formulée par certains parents et membres de la communauté de Saint-Paul-de-Kent et que les démarche soient immédiatement mises en branle par le DSF-S auprès du Ministère de l'Éducation pour commander l'étude sociolinguistique aux termes des propositions de services de deux centres/instituts de recherche de l'Université de Moncton; et

> QU'EN conséquence à la résolution précitée, que la demande de moratoire de certains parents et membres de la communauté de SaintPaul-de-Kent soit entérinée seulement pour la période de l'année scolaire 2016-2017, requise pour entamer et faire les études sociolinguistiques et statistique et qu'une lettre soit acheminée au Ministre Rousselle pour l'aviser de la décision du CÉD du DSF-S; et
>
> QUE dès la réception des études sociolinguistique et statistique comme susmentionnée, le CÉD du DSF-S prendra connaissance de celle-ci pour déterminer s'il y a des données ou de l'information nouvelles qui auraient pour effet de changer sa recommandation de fermeture de l'École de Saint-Paul.

Le 1er avril 2016, le Ministre reçoit une copie de la résolution, adoptée la veille par le CEDFS, et annonce, le 7 avril, la fermeture définitive de l'école, et ce, bien qu'il n'ait pas obtenu ou même jugé pertinent de procéder à l'étude sociolinguistique en question. Dans une lettre adressée au CEDFS, en date du 8 avril 2016, le Ministre indique qu'il a reçu la recommandation relative à la fermeture de l'École et qu'il ne considère pas que les références à l'article 23 de la *Charte* et à une étude sociolinguistique constituent des conditions préalables, mais plutôt de simples précisions. Enfin, le ministre n'accorde pas le moratoire que demandait le CEDFS et rend immédiatement une décision ordonnant la fermeture de l'école.

LE JUGEMENT

Le 17 mai 2018, la Cour du Banc de la Reine rendait enfin un jugement sur le fond de l'affaire. D'entrée de jeu, la Cour reconnaît que la communauté francophone de la province, en tant que communauté minoritaire, bénéficie de la protection constitutionnelle conférée par l'article 23 de la *Charte*[3]. Or, l'article 23 n'avait pas été invoqué initialement par les requérants. Le 10 août 2016, la Cour avait effectivement accepté que les requérants modifient leur requête afin de pouvoir plaider des recours fondés sur l'article 23[4]. Le 19 janvier 2017, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick allait toutefois infirmer cette décision[4]. La Cour d'appel était d'avis que la règle 69 des *Règles de procédure* ne permet pas de transformer une requête en révision judiciaire en une action constitutionnelle[5]. Le juge Dionne, qui a entendu la demande en révision judiciaire, ne pouvait donc pas se prononcer sur

---

3 *Ibid* au para 16. 4 *Ibid* au para 18.

4 R c Henrie et Arsenault, et Conseil d'éducation du district scolaire francophone sud, 2017 NBCA 5.

5 *Ibid* au para 20.

une violation potentielle de l'article 23. La Cour d'appel a donc ordonné l'audition et la solution de la requête en révision, telle qu'elle avait été introduite.

La décision du juge Dionne ne prétend donc pas répondre ni traiter d'un recours constitutionnel. Dans cette affaire, il est strictement question de répondre à une requête en droit administratif, laquelle vise à invalider la décision du Ministre de consentir à la fermeture de l'école de Saint-Paul-de-Kent. Pour y parvenir, le juge répondra à trois questions.

A – Première question : en annonçant la fermeture de l'école, le Ministre a-t-il outrepassé ses pouvoirs?

D'abord, le juge affirme que les Conseils d'éducation de la province ont des pouvoirs et des obligations en matière de gestion des écoles. Ensuite, il analyse ce qu'il décrit comme le cadre juridique de la décision du Ministre, se référant à l'article 3.1 de la *Loi sur l'éducation*, qui prévoit ce qui suit :

> Un conseil d'éducation de district peut, avec le consentement du Ministre, fermer une école qu'il a établie en vertu du paragraphe 2(1) ainsi que toute école dont il assume la responsabilité en vertu du paragraphe 3(2)[67].

Selon la Cour, il est évident que cet article accorde aux conseils d'éducation de district (CED), et non au Ministre, le pouvoir de prendre la décision au sujet de la fermeture d'une école. Le seul pouvoir du Ministre, selon cette disposition, est d'accorder son consentement ou non à la recommandation du CED.

Le juge fait ensuite référence à l'arrêt *Sa Majesté la Reine du chef du Nouveau-Brunswick, représentée par le ministre de l'Éducation c. Kennedy et autres*[8], où la Cour d'appel déclarait ce qui suit au sujet de la fermeture des écoles :

> Les fermetures d'écoles ne sont pas expressément mentionnées à l'art. 57 de la *Loi sur l'éducation*, lequel est la disposition qui autorise l'établissement de règlements. […] Il est permis de penser qu'un règlement établissant une procédure régissant la fermeture des écoles serait permis par l'al. 57(1)*hhh*), lequel autorise le lieutenantgouverneur en conseil à prendre des règlements « visant, en général, une meilleure application » de la *Loi*, mais cette voie n'a pas été suivie.

---

6 LN-B 1997, c E-1.12.
7 NBCA 58 [*Kennedy*].

Une seule disposition législative traite des fermetures d'école et elle est ainsi rédigée :

Closure of schools	Fermeture des écoles
3.1 A District Education Council may, with the approval of the Minister, close a school established by the District Education Council under subsection 2(1) or any school for which responsibility is transferred to the District Education Council under subsection 3(2).	3.1 Un conseil d'éducation de district peut, avec le consentement du Ministre, fermer une école qu'il a établie en vertu du paragraphe 2(1) ainsi que toute école dont il assume la responsabilité en vertu du paragraphe 3(2).

> Comme on le constate d'emblée, l'art. 3.1 confère au Ministre le pouvoir discrétionnaire de consentir à la fermeture d'une « école ». Il est manifeste que les décisions approuvant les fermetures qui font l'objet du présent appel relevaient des pouvoirs que la *Loi* confère au Ministre.[8]

Selon le juge Dionne, l'article 3.1 de la *Loi sur l'Éducation* et le passage cité de l'arrêt *Kennedy* sont clairs : avant qu'il ne puisse consentir à la fermeture d'une école, le Ministre doit se trouver en présence d'une décision prise par le CED relative à la fermeture d'une école et cette décision doit être « claire, non-équivoque et définitive »[9].

Ce n'est pourtant pas ce qui s'est produit dans le cas de l'école de Saint-Paul-deKent. En effet, la Cour est d'avis que le Ministre n'a jamais reçu une décision claire, non-équivoque et définitive du CED en ce qui concerne la fermeture de cette école:

> De plus cette cour ose affirmer que tout conseil d'éducation, moindrement sérieux ou conséquent, ne saurait proposer l'étude sociolinguistique d'une communauté dans un projet de fermeture

---

8 *Ibid* aux para 66-67.

9 *Henrie c GNB, supra* note 1 au para 43.

> d'école, à moins que ce conseil ait clairement résolu d'en tenir compte avant de rendre définitive toute recommandation de fermeture.
> L'affirmation du paragraphe précédent aurait d'ailleurs dû être tout aussi claire au Ministre, quand il fut placé devant ces résolutions.[10]

Selon la Cour, la communauté de Saint-Paul-de-Kent devaient sûrement s'attendre à ce que le Ministre n'annonce pas de fermeture avant qu'une étude sociolinguistique soit réalisée. Pareille attente trouve sa source non seulement dans les résolutions du CEDFS, mais également aux articles 6.5 et 6.6 de la *Politique 409*. Le ministre aurait dû à ce moment informer le CEDFS du fait que ses résolutions ne lui permettaient pas de consentir ou non à la fermeture de l'école.

La Cour fait ensuite référence au dossier de la requête qui fait état de discussions qui se « [sont] poursuivi[s] jusqu'à la dernière minute » entre le ministre et ses avocats et le président du CEDFS et son avocat. La Cour déclare :

> Ces échanges amènent cette cour à comprendre que certains individus auront tenté par bien des moyens […] de se convaincre qu'ils pouvaient muter en une simple « précision » ce qu'était clairement […] une pure et simple « condition » adoptée officiellement par les conseillers […] lesquelles résolutions demeuraient et devaient ainsi continuer à être traitées comme la position du Conseil.
>
> […]
>
> Ces mêmes échanges de communications de janvier à avril 2016 font état d'un Ministre et de ses conseillers juridiques qui s'immiscent complètement dans une analyse qui n'appartient aucunement au Ministre, soit celle d'évaluer la pertinence d'une telle étude sociolinguistique.
>
> Cette référence à une étude sociolinguistique émanait du Conseil et était pertinente à cet organisme quant à l'exercice de son pouvoir exclusif de décider d'une fermeture d'école.[11]

Selon le juge Dionne, le Ministre n'avait pas le droit d'intervenir à ce niveau. Il devait laisser le CEDFS procéder à ses analyses et prendre ses décisions. Le Ministre n'est en droit de procéder à ses propres analyses que lorsqu'il reçoit une décision claire, non-équivoque et définitive de fermeture. Or, en l'espèce, la Cour

---

[10] aux para 46-47.
[11] *Ibid* aux para 54, 56-57.

conclut que le CEDFS n'a jamais pris de décision claire, non-équivoque et définitive de fermer l'école de Saint-Paul-de-Kent au sens de l'article 3.1 de la *Loi sur l'éducation*.

Bien que les requérants ne demandent aucun redressement à l'encontre du CEDFS, la Cour s'est néanmoins permise d'émettre quelques observations à l'égard des positions qui ont été exprimées en son nom. La cour affirme même que le CEDFS a « apparemment tenu un "double discours" » :

> En effet, alors que le Conseil faisait savoir, aux requérants et à toutes ces autres personnes concernées de Saint-Paul-de-Kent, que leurs doléances avaient été entendues (pas de fermeture de leur école sans étude sociolinguistique préalable) ce Conseil (à tout le moins certaines personnes prétendant parler en son nom) laissait comprendre au Ministre que cette étude sociolinguistique n'était en bout de ligne, peut-être pas si nécessaire.
>
> De plus et quand les parties se sont présentées devant cette cour, les avocats du Conseil, non seulement ne se formalisaient pas du fait que le Ministre se soit arrogé des droits, pourtant réservés au Conseil. Tout au contraire, ces avocats se sont portés à la défense des décisions du Ministre. [12]

B – Deuxième question : le Ministre a-t-il manqué à ses obligations d'équité procédurale à l'endroit des requérants, soit en frustrant les attentes raisonnables de ces derniers?

Selon la Cour, au début du mois d'avril 2016, les parents de Saint-Paul-de-Kent pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que le Ministre ne prenne pas de décision concernant la fermeture de l'école tant et aussi longtemps qu'une étude sociolinguistique, au sens de l'article 23 de la Charte, n'ait été obtenue. La Cour conclut que, dans les circonstances, cette attente raisonnable était fondée, légitime et raisonnable et qu'elle aurait dû être respectée par le Ministre.

La Cour estime également que bien avant sa première résolution de février 2016, le CEDFS avait été placé dans un dilemme, puisqu'en raison de la *Politique 409*, le Ministre s'est immiscé dans une chaîne de décision que la *Loi sur l'éducation* attribuait au CED. La Cour ajoute que cette politique « a été présentée (imposé) […] au Conseil comme si elle avait été une Loi de l'Assemblée législative »[13]. La

---

[12] aux para 68-69.
[13] au para 75.

Cour se pose même la question à savoir si le maintien de l'école de Saint-Paul-de-Kent aurait été remis en question par le CEDFS n'eut été du seuil déclencheur que prévoit la *Politique 409*. En effet, selon la Cour, la preuve a montré que cette école n'avait pas connu, dans les dernières années, de diminution de son nombre d'étudiants. Au contraire, depuis 2009, il y a eu une augmentation du nombre d'inscriptions.

La Cour ajoute :

> En effet, et de façon générale, malgré le fait que cette « Politique 409 » comporte une terminologie tournant autour d'un concept de « viabilité d'école » plutôt qu'un concept exprimé de « Fermeture d'école », l'explication des études de viabilité, le choix des éléments déclencheurs de telles études, les facteurs à considérer avec ces études, les dates imposées de début de clôture de telles études etc., amènent tous cette cour à la compréhension que cette « Politique 409 », comme elle vise des écoles existantes, est un outil pour d'une part imposer aux conseils scolaires de cette province […] une liste des écoles devant a priori être fermées et d'autre part un mode d'opération pour effectuer ces fermetures.
> Le « Dossier de la Requête » encore une fois amène cette cour à comprendre que cette invasion par le Ministre dans les pouvoirs du Conseil, s'est ensuite en l'espèce tout simplement transformée en emprise sur le Conseil.[14]

La Cour tire la conclusion que la *Politique 409* fait en sorte que les CED se sont résignés à l'idée qu'il s'agit bel et bien du Ministre qui décide quelles écoles doivent être fermées ou non. Alors que, selon la *Loi sur l'éducation*, le Ministre n'a pas le pouvoir de décider ni de recommander la fermeture d'une école. Or, par l'entremise de la *Politique 409*, il s'arroge le pouvoir de dicter au CED les éléments qui doivent être pris en considération pour prendre cette décision.

Dans l'arrêt *Kennedy*, la Cour d'appel nous rappelait que le fondement légal qui sous-tend la *Politique 409* ne se trouve pas à l'al. 6b.2) de la *Loi sur l'éducation*, telle que mentionnée dans le texte de cette politique. Cet alinéa prévoit que le Ministre peut dans le cadre de la *Loi sur l'éducation*, établir des politiques et de lignes directrices visant « l'instruction publique ». La Cour d'appel rappelle que c'est l'article 3.1 qui autorise la fermeture d'écoles. Elle mentionne également que l'al 6b.2) se trouve dans la loi sous la rubrique « Apprentisage » et le sous-titre « Objectifs et normes en matière d'éducation, programmes d'études et matériel »,

---

[14] *Ibid* aux para 80-81.

alors que l'article 3.1 se trouve sous la rubrique « Établissement gestion et fermeture des écoles ». L'al. 6b.2) autorise donc le Ministre à établir des « politiques » se rapportant à « l'instruction publique »; il lui confère le pouvoir d'établir des politiques relativement à des questions comme les objectifs et les normes en matière d'éducation, les programmes d'études et le matériel, mais il ne saurait, selon la Cour d'appel, s'appliquer aux fermetures d'école. Il s'ensuit que cette disposition ne confère pas le fondement légal voulu à la *Politique 409* et il n'existe aucune autre source dans la loi susceptible de le conférer. Ainsi, selon la Cour d'appel, la *Politique 409* a pour objet de « fournir un guide pratique utile », mais elle n'est pas un code juridiquement contraignant[15].

Dans l'affaire de l'école de Saint-Paul-de-Kent, la Cour conclut que la *Politique 409* est non-contraignante aussi bien à l'endroit du Ministre qu'à l'endroit des CED. Elle ajoute :

> En effet, quand la *Loi sur l'éducation* stipule que c'est aux conseils d'éducation de districts de cette province qu'appartient le pouvoir de décider d'une fermeture scolaire, les citoyens […] quand ils exercent leurs droits de votre pour combler les postes de conseillers scolaires sont en droit (attentes raisonnables) de voir chez ces conseils d'éducation l'organismes qui prendra de fait ces décisions de fermetures et ont le droit (attentes raisonnables) de communiquer leurs doléances à ces conseillers avec l'assurance que ces décisions n'auront pas été dictées à l'avance à ces conseils par le Ministre.[16]

La Cour précise que les citoyens sont en droit de s'attendre qu'aucune décision de fermeture d'école ne sera prise par le Ministre avant qu'il ne soit devant une décision claire, non-équivoque et définitive du CED concerné.

C – Troisième question : S'il y a une réponse affirmative à l'une ou l'autre des questions précédentes, la cour doit-elle intervenir?

Ayant répondu par l'affirmative aux deux premières questions – notamment que la décision du Ministre à l'égard de la fermeture de l'école de Saint-Paul-de-Kent est invalide – la Cour répond également par l'affirmative à la troisième et dernière question. Elle est d'avis que les faits en l'espèce exigent une intervention de la Cour. Selon la Cour, il est nécessaire de rappeler au Ministre qu'il doit respecter

---

15 *Kennedy*, *supra* note 8 au para 77.
16 *Henrie c GNB*, supra note 1 au para 92.

les pouvoirs que l'Assemblée législative a confiés aux CED et il doit aussi respecter les citoyens qui élisent et s'adressent à ces CED.

En ce qui concerne les CED, la Cour ajoute également :

> Il est également jugé nécessaire, même si en l'espèce les représentants du Conseil en ont pas défendu le principe, de rappeler à toute personne intéressée à se faire élire à ce poste primordial qu'est celui de conseillère/conseiller scolaire au Nouveau-Brunswick, que cette personne sera en effet permise de remplir les fonctions et exercer les pouvoirs que notre Assemblée législative accorde à ces conseils, sans en être dictée les décisions par le Ministre ou son ministère.[17]

La Cour ordonne donc que l'affaire soit ramenée au CEDFS pour qu'il exerce le pouvoir que la *Loi sur l'éducation* lui a conféré. Enfin, la Cour statue que la *Politique 409* doit dorénavant être considérée pour ce qu'elle est : « une simple source ministérielle de "suggestions" étant ni contraignante à l'endroit du Ministre mais surtout ni contraignante à l'endroit des conseils d'éducation de districts »[18].

CONCLUSION

Le gouvernement vient d'annoncer qu'il portera la décision en appel, puisqu'il est d'avis que le juge a commis des erreurs en concluant que « la décision de l'ancien ministre n'était pas raisonnable et qu'il a agi contrairement à la *Loi sur l'éducation* »[19]. En interjetant appel, le gouvernement demande essentiellement à la Cour d'appel de confirmer que sa décision était fondée en droit et qu'il n'y avait aucune raison de revenir sur celle-ci.

Or, cette décision confirme ce que les CED réclament depuis de nombreuses années : la reconnaissance des pouvoirs qui leur sont reconnus par la *Loi sur l'éducation* et notamment celui de décider si une école doit être fermée ou non. Elle confirme également ce que la Cour d'appel a déjà dit par rapport à la *Politique 409*, soit qu'elle n'est qu'un guide et ne doit pas être perçue comme une directive légalement contraignante à l'égard des CED.

Le CEDFS a décidé de ne pas porter cette décision en appel, ce qui nous paraît logique, car il aurait été pour le moins incongru qu'il participe, le cas échéant, à cet

---

17 *Ibid* au para 113.
18 *Ibid* au para 119.
19 « École Saint-Paul : le Nouveau-Brunswick fait appel », en ligne : Radio-Canada <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1106549/ecole-saint-paul-nouveau-brunswick-fait-appelacadie>.

appel afin de défendre la position du Ministre. Cela aurait été à l'encontre de tout ce qui a été revendiqué par les CED depuis leur création, soit la reconnaissance d'un plus grand pouvoir de gestion.

Il est clair, lorsque nous regardons le langage employé dans la rédaction des trois recommandations du CEDFS, qu'il existait des doutes dans l'esprit des conseillers en ce qui concerne la décision qu'ils devaient prendre. Le CEDFS a voulu que le Ministre tranche pour lui, alors que cette décision lui revenait de plein droit. Le juge évoque même la possibilité que certains membres du CED auraient tenu un « double langage » : l'un avec le ministre et l'autre avec les représentants de SaintPaul-de-Kent. Selon nous, le CED a commis plusieurs erreurs en exerçant son pouvoir de gestion dans cette affaire et il serait très important, qu'en dise l'expression populaire, que l'histoire ne se répète pas dans de pareille situation.

La détermination de savoir si l'article 23 de la *Charte* a été respecté ou non ne revient pas au ministre et on ne doit pas lui demander d'exercer ce rôle. Il s'agit d'une décision que les CED doivent prendre. Pour ce faire, s'il existe un doute, le CED devrait toujours, avant de prendre sa décision, demander une étude sociolinguistique afin de connaître l'impact qu'une décision de fermeture pourrait avoir sur la communauté de langue officielle en situation minoritaire.

Enfin, bien que la décision ne traite pas spécifiquement de l'article 23 de la *Charte* en raison d'une question procédurale, il n'en demeure pas moins que cet article n'est pas loin en toile de fond, puisque le pouvoir de gestion et de contrôle que détienne les CED découle directement de cet article[20].

[20] *Mahé c Alberta*, [1990] 1 RCS 342 aux pp 371-72.

Blogue sur les droits linguistiques

(2017-2020) 4 RDL 126

Publié le 9 janvier 2019

Le respect des droits linguistiques à l'épreuve du « bon sens », le cas d'Ambulance Nouveau-Brunswick

Eric Forgues[1]

L'enjeu linguistique entourant la gestion d'Ambulance Nouveau-Brunswick (ANB) est un observatoire de choix pour saisir la forme actuelle des rapports entre la majorité anglophone et la minorité francophone dans la province du NouveauBrunswick. Le cas d'ANB montre également l'influence de la sphère politique, voire de la société sur la sphère du droit. Le respect des droits linguistiques et la mise en œuvre de la *Loi sur les langues officielles* (*LLO*) sont étroitement dépendants de l'engagement et du leadership des élus.

Autour de cet enjeu, deux visions s'opposent en ce qui concerne la mise en œuvre des droits linguistiques dans la province. Celle qui fait la promotion du « bon sens », qui demande une certaine flexibilité dans l'application des droits linguistiques, et l'autre, qui exige le respect de la *LLO*. Après plusieurs plaintes, plusieurs rapports du commissaire aux langues officielles et des jugements des tribunaux, le gouvernement minoritaire au pouvoir affirme que la prestation de services de qualité égale dans les deux langues officielles est un idéal inaccessible et que le « bon sens » nous commande de réduire nos exigences.

Sans entrer dans tous les détails de ce « dossier » linguistique, qui comporte sa part de complexité, rappelons néanmoins quelques faits.

La création d'ANB résulte de la fusion en 2007 par le gouvernement libéral de près d'une quarantaine de fournisseurs de services ambulanciers dans la province. La fusion devait permettre d'uniformiser la qualité des services, de mettre à niveau les compétences du personnels et les technologies utilisées, de normaliser les conditions de travail et de réduire le temps de réponse des ambulanciers dans la province[2]. Comme le mentionnait le ministre de la Santé en 2007, Mike Murphy :

---

1 Directeur général de l'Institut canadien de recherche sur les minorités linguistiques.

2 « Liberals' plan will shorten ambulance response times; Health Government to consolidate province's 54 ambulance contracts », Cumby, Meghan. Telegraph-Journal; Saint John, N.-B., 13 juin 2007: A2.

« Overall, across the province, we're going to have quicker response times by ambulances »[3]. À suivre l'actualité récente sur le sujet, ces objectifs n'ont pas été atteints, plus de dix ans plus tard.

Depuis 2002, la *LLO* au Nouveau-Brunswick exige que les services gouvernementaux offerts par des tiers (comme ANB) le soient dans la langue officielle choisie par les citoyens[4]. En 2014, la commissaire aux langues officielles (CLO), après avoir reçu une plainte, publie un rapport d'enquête dans lequel elle émet un constat sévère à l'égard d'ANB : « Malgré les bonnes intentions de l'institution, nos récentes recommandations, les rencontres avec le présidentdirecteur général et d'autres cadres supérieurs d'ANB et les 7 ans d'existence de l'institution, ANB n'arrive toujours pas à respecter ses obligations linguistiques »[5]. À la suite du rapport d'enquête, ANB adopte un plan stratégique afin de satisfaire aux exigences de la *LLO* et de répondre aux recommandations de la commissaire. Suivant l'adoption du plan stratégique linguistique à ANB, la réaction du syndicat ne tarde pas : « NB's new plan to improve the availability of bilingual services across the province is unfair and fails to give some paramedics enough time to complete new language training »[6].

En novembre 2017, une ordonnance par consentement signée par la Cour du Banc de la Reine contraint ANB à offrir un service de qualité égale dans les deux langues officielles, de prendre des mesures à cette fin et de rendre compte des progrès annuellement au CLO du Nouveau-Brunswick[7]. Au printemps 2018, une sentence arbitrale rendue par un arbitre en relation de travail, John P. McEvoy, va à l'encontre de cette ordonnance en jugeant notamment qu'ANB n'a pas à offrir « immédiatement » un service de qualité égale dans les deux langues officielles partout dans la province.

---

3 *Ibid*.

4 *Loi sur les langues officielles*, LN-B 2002, c O-0.5, art 30. Voir également Michel Doucet, *Les droits linguistiques au Nouveau-Brunswick – À la recherche de l'égalité réelle !*, Lévis (Qc), Les Éditions de la Francophonie, 2017 aux pp 341-47.

5 Commissaire aux langues officielles du Nouveau-Brunswick, Rapport d'enquête, numéro de dossier : 2013-1992, Ambulance Nouveau-Brunswick (ANB), 2014 à la p 12.

6 Language plan unfair, unrealistic, paramedics union says, Bowie, Adam. Daily Gleaner, Fredericton, N.-B., 22 Septembre 2014: A.1.

7 « Ambulance NB s'engage à respecter ses obligations en matière de bilinguisme », en ligne : Radio-Canada https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1071051/ambulance-nb-bilinguisme-affairesonier-poursuite-ordonnance-consentement-nouveau-brunswick-acadie ; « Langues officielles :
un juge somme Ambulance NB de prendre des mesures concrètes », en ligne : Acadie Nouvelle https://www.acadienouvelle.com/actualites/2017/12/04/langues-officielles-jugesomme-ambulance-nb-de-prendre-mesures-concretes/.

> The evidence is that there are areas of the Province where unilingual paramedic teams can serve the public without having bilingual competence because the public served communicate in that same official language[8].

Voyant que cela allait à l'encontre de l'ordonnance, le gouvernement décide de présenter une requête en révision judiciaire. Depuis, il y a eu une campagne électorale, qui a été l'occasion d'entendre plusieurs points de vue sur la situation d'ANB. En entremêlant plusieurs enjeux, comme la pénurie de la main-d'œuvre et le temps de réponse pour obtenir des services ambulanciers dans certaines régions rurales, et en créant un sentiment de crise et d'urgence, le gouvernement minoritaire formé par Blaine Higgs à l'issue des élections décide de suivre la sentence arbitrale de McEvoy et d'assouplir les exigences linguistiques, allant ainsi à l'encontre de l'ordonnance rendue par la Cour du Banc de la Reine en 2017.

Cette position est celle du syndicat depuis la création d'ANB en 2007. Les représentants de la section locale (#4848) du Syndicat canadien de la fonction publique, qui défend les employés paramédicaux d'ANB, font aussi appel au « bon sens » pour régler cette situation. « It's really bogging the system down. We need a common sense approach. »[9] Selon eux, les exigences linguistiques iraient jusqu'à faire fuir les meilleurs professionnels : « … many of the best and brightest young unilingual paramedics on the market have been forced to seek employment elsewhere because they can't meet the language skill requirements now required for the majority of the jobs being posted »[10].

Selon le discours du « bon sens », les droits linguistiques iraient trop loin et seraient injustes pour les employés unilingues anglophones. Au cœur de cette position syndicale se joue la régularisation du statut d'emploi des employés unilingues anglophones à des postes désignés bilingues. Des employés unilingues anglophones occupent les postes désignés bilingues lorsqu'aucun candidat bilingue postule pour l'emploi, mais le poste est affiché de nouveau toutes les 24 semaines. Par conséquent, en raison de l'exigence linguistique, ces ambulanciers n'ont pas de sécurité d'emploi, ni de permanence. En assouplissant les exigences linguistiques, Higgs permet à ces employés d'obtenir de façon permanente des postes désignés bilingues.

---

8 Canadian Union of Public Employees, Local 1252 (Local 4848) v Ambulance New Brunswick, 2018 CanLII 34080 au para 111.

9 « Language rules cause issues: union », Bowie, Adam. The Times & Transcript; Moncton, N.B., 14 oct. 2016: B.1.

10 *Ibid*.

Le People's Alliance of NB et le Parti progressiste-conservateur partagent donc le point de vue du syndicat. Le discours du « bon sens » a ainsi été repris par le premier ministre Blaine Higgs dans son discours du trône où il affirme que « Les gens n'accepteront pas que l'idéologie ou la politique fasse obstacle à des solutions inspirées par le bon sens »[11]. Selon ce discours, les défis et les difficultés rencontrés par ANB seraient attribuables aux exigences de la *LLO*.

Il ne s'agit donc pas d'un discours marginal, véhiculé par des groupuscules anglophones récalcitrants aux droits linguistiques. Ce discours a fini par s'imposer dans l'espace public de la province, au point d'être repris par le gouvernement minoritaire.

L'avènement de ce discours et le fait qu'il sert aujourd'hui à justifier une approche politique qui marque un recul eu égard à l'application de la *LLO* résultent, par ailleurs, d'une mobilisation de groupes anglophones qui déclarent avoir aussi des droits, laissant clairement entendre que ceux-ci seraient oubliés dans la mise en œuvre des droits linguistiques. Le *Anglophone Rights Association of New Brunswick* s'active depuis plusieurs années à défendre les droits et les intérêts des anglophones de la province. Ces dernières années, l'organisme a mené plusieurs réunions publiques pour discuter de la situation linguistique dans la province qu'il perçoit comme étant à leur désavantage. On se souviendra du panneau publicitaire qui avait été placé bien en évidence à Moncton invitant la population à une réunion d'information et sur lequel on pouvait lire « Anglophones have rights too! »[12]. Renversant la logique entre les groupes majoritaire et minoritaire, ce groupe de défense des droits des anglophones pose les anglophones dans une situation de victime. Le mépris du groupe majoritaire atteint son comble lorsque celui-ci s'approprie le sentiment d'injustice et les arguments du minoritaire.

Pour le groupe majoritaire, il s'agit certes d'une ruse pour conserver ses privilèges en usant d'une rhétorique qui nie la réalité sociolinguistique du groupe minoritaire. Cependant, même si en cette ère de *fake news* les faits ont la vie dure, les ressorts véritables de la lutte pour la reconnaissance se situent du côté du groupe minoritaire. C'est ce dernier qui a une longue histoire d'injustices à raconter. Ce sont les membres de ce groupe qui ressentent l'atteinte à leur dignité. C'est le récit de leur histoire et leur discours qui devraient occuper l'espace médiatique.

---

[11] « Discours du trône de 2018, La voie vers un meilleur avenir », en ligne : GNB https://www2.gnb.ca/content/gnb/fr/corporate/promo/discours-du-trone/2018/discours-dutrone-de-2018.html.

[12] « Une association pro-anglophone fait sa publicité à Moncton », en ligne : Acadie Nouvelle https://www.acadienouvelle.com/actualites/2016/07/26/association-pro-anglophone-publicitea-moncton/, 26 juillet 2016.

Le cas d'ABN permet de saisir l'évolution récente du contexte provincial en matière linguistique. L'adoption de la *Loi sur les langues officielles du NouveauBrunswick* en 1969 a marqué une avancée pour les francophones du Nouveau-Brunswick, mais sa mise en œuvre, ainsi que celle de la *LLO* de 2002, a toujours été problématique. Les plaintes qu'a reçues le CLO ne sont que la partie visible de sa difficile mise en œuvre. Sur le terrain de sa mise en œuvre, les dynamiques sociolinguistiques entre la majorité et la minorité continuent d'exercer leurs influences. Chaque jour, dans les services publics, une bataille silencieuse se livre sur le front linguistique. Les acteurs qui cherchent à faire respecter la *LLO* nagent à contre-courant, à l'encontre de la pression qu'exerce la présence d'une majorité anglophone. Or, dès que cessent les efforts, dès que s'affaiblit l'engagement des élus et des dirigeants dans les institutions, le courant emporte les nageurs. On passe d'une approche vigoureuse et respectueuse de l'égalité linguistique à une forme d'accommodement réservée à la minorité de francophones qui insistent pour recevoir ses services en français. Ceux qui appellent au « bon sens » veulent au fond normaliser une culture de non-respect des droits linguistiques[13]. Accepter le « bon sens » c'est accepter l'assimilation en recourant à des arguments idéologiques non fondés et en refusant de faire les efforts requis pour respecter les droits linguistiques. La défense du principe de l'égalité linguistique exige de prendre des mesures vigoureuses qui vont à l'encontre de la dynamique linguistique qu'impose le contexte majoritaire.

Cinquante après l'adoption au Nouveau-Brunswick de la *LLO*, il est toujours aussi nécessaire de rappeler l'importance du principe de l'égalité linguistique dans la province. Certains, comme Bernard Thériault, croient que l'antibilinguisme est le fait d'une minorité d'anglophones. Au lieu de tenter de dialoguer avec ces individus, Thériault nous invite à entrer en dialogue avec la « majorité d'anglophones qui partagent notre vision »[14]. Cependant, il est possible qu'au sujet des droits linguistiques, la majorité silencieuse anglophone pense tout bas ce que ces militants anglophones disent tout haut, ou, que cet enjeu les indiffère, laissant l'espace public ouvert aux militants anglophones.

Si le dialogue entre la majorité et la minorité demeure essentiel, ne perdons pas de vue qu'en contexte minoritaire, le pouvoir des idées pour faire reconnaître le

---

[13] « Langues officielles, une culture de non-respect dans les hôpitaux anglophones », en ligne : Acadie Nouvelle https://www.acadienouvelle.com/actualites/2018/04/10/langues-officiellesun-culture-de-non-respect-dans-les-hopitaux-anglophones/.

[14] Bernard Thériault, « Pour une province qui nous respecte et accepte nos différences », *Acadie Nouvelle*, 15 déc. 2018 à la p 8.

principe de l'égalité linguistique risque de ne pas suffire[15]. Une stratégie collective doit être élaborée afin de contrer la montée de l'antibilinguisme, en mobilisant les citoyens et en opposant au discours du « bon sens », un discours qui s'alimente de l'expérience linguistique des Acadiens et des Acadiennes, qui puise dans leur histoire et qui s'inspire d'un idéal de justice.

Mais demandons-nous d'abord si la langue française mobilise autant aujourd'hui qu'il y a 50 ans. Est-ce le début d'un déphasage de plus en plus grand entre les droits linguistiques et la volonté des élus et des institutions publiques à les faire respecter ? Assistons-nous à la lente fissuration du régime linguistique actuel ? Ou, au contraire, est-ce que les reculs récents stimuleront une mobilisation collective qui exigera un engagement plus ferme des élus et des autorités concernées envers les droits linguistiques ? Le 50e anniversaire de la *LLO* est l'occasion de réfléchir collectivement à ces questions.

---

15 Éric Forgues, « Le pouvoir des mots face aux mots du pouvoir en Acadie », *Directions, Recherche et politique sur les relations raciales au Canada*, no 7, 2016, en ligne : https://crrffcrr.app.box.com/s/0kiionbvn1b8nr24vb4rqd4v536jh6mg aux pp 83-94.

Blogue sur les droits linguistiques

(2017-2020) 4 RDL 132

Publié le 2 février 2019

Le tamazight en Algérie : officialisation ou tentative de mise à mort par le biais de la folklorisation?

Nourredine Bessadi[1]

En Algérie, en dépit d'un discours officiel minimisant leur nombre [2] et de statistiques officielles inexistantes, le nombre de locuteurs amazighophones avoisine les 50 %; ce qui n'a pas empêché l'État algérien de frapper de déni le tamazight, pourtant langue ancestrale des habitants autochtones du pays, et ce, des décennies durant.

Aujourd'hui, trois ans après la très officielle officialisation du tamazight en Algérie à travers son inscription dans l'article 4 de la Constitution comme seconde langue nationale et officielle du pays après la langue arabe, qu'est-ce qui a concrètement changé pour cette langue et qu'est-ce qui lui a été cédé sur le chemin de l'officialité ?

Il y a de cela presque deux ans, je parlais ici même d'une officialisation au rabais[3] tant la volonté politique d'une véritable officialisation ne semblait pas être au rendez-vous. Aujourd'hui, trois ans après l'inscription du tamazight dans la Constitution, force est de constater qu'il s'agit encore d'une officialisation à venir et non pas d'une officialisation actée.

Parlant du tamazight, l'énoncé de l'Article 4 de la Constitution prévoit que « L'État œuvre à sa promotion et à son développement dans toutes ses variétés linguistiques en usage sur le territoire national », qu'une académie « est chargée de réunir les conditions de la promotion de Tamazight en vue de concrétiser, à terme, son statut

---

1 Enseignant-chercheur à l'Université Mouloud Mammeri de Tizi Ouzou/Algérie, Consultant indépendant et traducteur freelance français/anglais/arabe.

2 Nourredine Bessadi, « La politique linguistique en Algérie et l'enjeu des chiffres » dans Michel Doucet, dir, *Le pluralisme linguistique : l'aménagement de la coexistence des langues*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014 aux pp 245-252.

3 Nourredine Bessadi, « Le tamazight en Algérie ou l'officialisation au rabais », en ligne : Blogue sur les droits linguistiques https://www.droitslinguistiques.ca/blogue/6-blogue/4472017-04-18-12-57-21?lang=es.

de langue officielle », avant d'ajouter que les « modalités d'application de cet article sont fixées par une loi organique ».

L'académie algérienne de langue amazighe vient juste d'être installée et la loi organique se fait toujours attendre. L'installation de l'académie par décret présidentiel[4] fait d'elle une institution directement rattachée à la présidence et limite considérablement sa marge de manœuvre en tant qu'entité censée être totalement indépendante et tenant compte uniquement de considérations purement scientifiques. Par ailleurs, sa composition n'a pas manqué de créer la polémique tant, selon certains observateurs, elle répond beaucoup plus à un souci d'équilibre régional qu'à celui de l'autorité scientifique des personnes désignées. Il faut dire en effet que certains élu(e)s comme membres de cette institution sont d'illustres inconnus.

Un enseignement facultatif

L'enseignement du tamazight en Algérie demeure largement circonscrit en Kabylie et dans certaines localités des Aurès et continue surtout à revêtir un caractère non obligatoire, c'est-à-dire purement facultatif. Ainsi, en l'absence d'une ferme volonté politique de sa généralisation, des résistances se mettent en place, ici et là, pour faire barrage à son enseignement, l'installant ainsi dans la précarité. Le sit-in organisé au mois de septembre de l'année passée par les parents d'élèves de l'école primaire Benchouibe Rachid dans la wilaya de Jijel (une région arabophone) contre l'enseignement du tamazight à leurs enfants en est l'illustration parfaite.

Faux débat autour des caractères à adopter

Bien que les caractères latins soient largement dominants dans le travail de recherche autour du tamazight, un faux débat est alimenté ces dernières années autour de l'opportunité d'adapter les caractères arabes ou, dans une moindre mesure, les caractères amazighes (le tifinagh). En effet, l'essentiel des productions (romans, essais, etc.) et des travaux académiques qui ont été menés depuis des décennies autour du tamazight l'ont été en caractères latins et le bon sens aurait logiquement opté pour eux pour la transcription de cette langue. Cependant, des voix, pourtant longtemps hostiles à l'officialisation du tamazight, se sont récemment invitées au débat pour appeler à l'adoption des caractères arabes ; ce qui n'a pas manqué de jeter de la confusion dans les esprits.

---

[4] Décret présidentiel du 23 décembre 2018 portant nomination officielle du président et des membres de l'Académie.

Folklorisation

La seule mesure qui porte en elle les attributs d'une avancée significative est la consécration de Yennayer comme fête nationale au mois de janvier 2018. Sur le plan symbolique, les autorités consentent pour la première fois de consacrer officiellement une pratique culturelle qui émane du patrimoine populaire et qui ne soit ni religieuse ni en relation à la guerre de libération.

Cependant, en confinant cette fête dans son caractère purement folklorique (gastronomie, musique, etc.) et en la réduisant au pittoresque, les autorités dévient cette consécration de son objectif escompté : réinstaller l'Algérie dans son prolongement géographique naturel qu'est l'Afrique du Nord et jeter les jalons d'une réécriture d'un Roman national plus inclusif, tenant compte de la richesse de l'histoire multi-millénaire du pays. Pire encore, l'État algérien persiste à perpétuer le paradigme du modèle exclusif de la nation arabo-islamiste à travers son discours officiel en énonçant dans le préambule de la Constitution que l'Algérie [est] « terre d'Islam, partie intégrante du Grand Maghreb, terre arabe [...] » et en prônant notamment la relance de l'« Union du Maghreb Arabe », faisant totalement fi de la dimension profondément amazighe de l'Algérie.

Fait hautement paradoxal et loin d'être anecdotique, les nouveaux billets de banque qui seront bientôt mis en circulation par la Banque Centrale d'Algérie, bien que frappés de l'effigie du roi berbère Jugurtha, ne porteront aucune mention en langue amazighe.

Ainsi, les éléments susmentionnés ne manqueront pas de nous pousser à nous interroger sur la volonté réelle de l'État algérien de promouvoir le tamazight, tenu dans une position largement subalterne par rapport à l'arabe, et à nous demander si la récente officialisation n'est qu'une tentative de sa mise à mort par le biais de sa folklorisation.

Blogue sur les droits linguistiques

(2017-2020) 4 RDL 135

Publié le 19 avril 2019

La nécessité de modifier la Partie VII de la *Loi sur les langues officielles* du Canada

Érik Labelle Eastaugh[1]

L'automne dernier, l'auteur a été invité à comparaître devant le Comité sénatorial permanent des langues officielles dans le cadre de son étude de la modernisation de la *Loi sur les langues officielles* fédérale (*LLO*). Le présent texte s'inspire du mémoire qu'il a déposé auprès du comité suite à son témoignage.

1. La nécessité d'une réforme de la Partie VII

Plusieurs témoins ayant comparu devant le comité dans le cadre de son étude sur la modernisation de la *LLO* ont souligné que la Partie VII, dans sa forme actuelle, ne produit pas les résultats escomptés au moment de son adoption en 1988 ou de sa réforme en 2005. Le rapport du comité préparé en 2014 sous la présidence de la Sénatrice Maria Chaput abonde dans le même sens[2]. Nous osons donc espérer qu'un projet de modernisation de la *LLO* aura notamment comme objectif d'améliorer la Partie VII pour la rendre plus efficace. La question se pose donc de savoir *comment* modifier la Partie VII pour qu'elle puisse produire les effets voulus.

1.1 L'objet de la Partie VII et son rôle dans l'économie générale de la LLO

Si le libellé actuel de l'article 41 constitue la cause directe ou immédiate du problème, la cause ultime tient à la complexité de l'objectif visé par le législateur en adoptant la Partie VII. Ainsi, avant d'aborder directement les défauts du libellé de l'article 41, il convient tout d'abord de préciser brièvement l'objet de la Partie VII et son rôle dans l'économie de la *LLO*.

1.1.1 Les principaux objectifs de la *LLO*

---

1 Professeur adjoint et directeur de l'Observatoire international des droits linguistiques, Faculté de droit, Université de Moncton.

2 Sénat du Canada, La mise en oeuvre de la Partie VII de la Loi sur les langues officielles : on peut faire encore mieux, Ottawa, 2010.

Dans son ensemble, la *Loi sur les langues officielles* cherche à instaurer les modalités requises pour que l'État fédéral respecte le principe de l'égalité des langues officielles énoncé à l'article 16 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. À cet égard, la loi s'est donné deux objectifs principaux : 1) de faire en sorte que l'égalité des langues officielles soit respectée dans le fonctionnement des institutions fédérales, tant à l'interne qu'au niveau de leurs rapports avec la société; et 2) d'appuyer le développement des minorités francophones et anglophones et de faire en sorte à ce que l'État fédéral contribue à la progression vers l'égalité des deux langues officielles dans la société canadienne[3].

La *LLO* contient un très grand nombre de dispositions qui cherchent à mettre en œuvre ces objectifs par rapport à des questions particulières, notamment en créant des droits linguistiques précis en matière de services (Partie IV), de langue de travail (Partie V), de décisions judiciaires (Partie III), *et cetera*. Toutefois, il existe une dimension additionnelle au problème de l'égalité linguistique, dimension que l'on pourrait appeler « sociologique », qui est transversale à la loi dans son ensemble. Selon nous, la Partie VII est appelée à poser les normes destinées à régir cette dimension du problème.

1.1.2 La dimension « sociologique » des objectifs visés

La dimension « sociologique » découle, dans un premier temps, du principe d'égalité lui-même. Afin de faire en sorte que l'égalité des langues officielles soit respectée dans le fonctionnement des institutions fédérales, la *LLO* exige que toute une gamme d'activités et de services soient entreprises ou disponibles dans les deux langues officielles. Il doit donc y avoir égalité des deux langues dans chaque domaine d'activité visé. Or, comme l'a souligné la Cour suprême du Canada à maintes reprises, l'égalité des langues officielles doit être conçue comme une égalité dite « réelle » et non comme une égalité dite « formelle ». L'égalité « réelle » se définit en tenant compte des circonstances particulières des individus ou des groupes concernés; elle peut donc exiger qu'on lui accorde un traitement différent afin d'atteindre les mêmes résultats. Par conséquent, pour qu'un service soit réellement de qualité égale dans les deux langues officielles, il doit être conçu et prodigué de telle sorte à ce qu'il tienne compte des différences socioculturelles entre les deux communautés linguistiques[4].

Le deuxième objectif, soit celui d'appuyer le développement des minorités francophones et anglophones et de contribuer à la progression vers l'égalité des

---

[3] Voir notamment l'article 2 de la *Loi sur les langues officielles*, LRC 1985, c 31 (4e suppl) [*LLO*].

[4] DesRochers c Canada (Industrie), [2009] 1 RCS 194 au para 51 [DesRochers].

deux langues officielles dans la société canadienne, repose, lui aussi, sur des considérations de nature sociologique. Cet objectif remonte, entre autres, aux travaux de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et biculturalisme, qui ont révélé (ou plutôt confirmé) les nombreuses et importantes différences entre la situation du français et de l'anglais au Canada sur le plan sociologique. Toutes proportions gardées, le français était en 1967 moins valorisé, moins utilisé et moins prestigieux que l'anglais. Il en résultait un taux d'assimilation très élevé pour les communautés francophones en situation minoritaire, et même au Québec, l'avenir du français n'était pas assuré. Par ailleurs, la Commission a constaté que les institutions fédérales, pour leur part, accentuaient la faiblesse du français en offrant très peu de services dans cette langue à l'extérieur du Québec, en étant un milieu de travail unilingue anglophone et en offrant des services axés sur les besoins de la majorité. Par conséquent, la Commission a recommandé, et le législateur (et par la suite, le constituant) a accepté que l'État fédéral devait plutôt user de sa très grande influence sur la société canadienne pour renforcer le fait français[5].

1.1.3 Le rôle de la Partie VII dans l'atteinte des objectifs de la *LLO*

Pour atteindre le double-objectif que s'est donné le Canada en matière d'égalité des langues officielles, il n'est pas suffisant d'énoncer des normes précises applicables à telle ou telle question, comme celle qu'on retrouve par exemple à l'article 22 de la *LLO* (droit aux services et aux communications). Il faut en outre des normes qui encadrent le processus décisionnel des institutions fédérales afin d'assurer que la dimension « sociologique » de l'égalité linguistique soit prise en compte en amont de toute décision susceptible d'avoir une influence sur les questions touchant l'égalité linguistique. Même si les rôles attribués au Commissaire aux langues officielles et aux tribunaux sont essentiels, ils ne peuvent que réagir après coup et de façon limitée, et donc on ne peut pas s'y remettre pour assurer une pleine mise en œuvre de la Loi. Il faut également un système qui garantisse que les enjeux pertinents seront identifiés avant que ne surviennent les problèmes.

Voilà, selon nous, la fonction principale qu'occupe (ou que devrait occuper) la Partie VII dans l'économie générale de la *LLO*. Son rôle est d'énoncer les normes qui doivent encadrer le processus décisionnel de toute institution fédérale afin d'assurer le plein respect du principe d'égalité des langues officielles dans le cadre de son mandat.

---

[5] Voir généralement le Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme. Livre I : Les langues officielles, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1967, et en particulier les « pages bleues ».

1.2 Le principal défaut de la Partie VII dans sa forme actuelle

Les problèmes liés à la mise en œuvre de la Partie VII, que ce soit par les institutions fédérales ou par les tribunaux, découlent principalement du libellé de l'article 41.

Cette disposition est formulée en des termes qui sont trop généraux pour pouvoir atteindre l'objectif voulu. Il en découle deux conséquences principales. D'une part, les institutions fédérales peinent à comprendre les obligations qui leur incombent en vertu de cette partie de la loi et, d'autre part, les tribunaux se sont montrés très réticents à constater des manquements à la Partie VII et à prononcer des ordonnances fondées sur celle-ci.

Ces problèmes ne sont pas nouveaux. Il s'agit des mêmes difficultés qui ont motivé le feu sénateur Jean-Robert Gauthier à proposer des modifications à la Partie VII dès 2001, dont les efforts ont porté fruit avec l'adoption en 2005 d'une nouvelle version de la Partie VII. Malgré ces changements, la Partie VII demeure l'enfant pauvre de la *LLO* sur le plan juridique. De fait, l'interprétation qu'en donne les avocats du ministère de la Justice n'a presque pas changé depuis 1988, et ce, malgré la modification de 2005. Devant la Cour fédérale, ils prétendent toujours que la mise en œuvre de l'article 41 relève entièrement de la discrétion des institutions fédérales et qu'il ne peut en découler d'obligation d'adopter des mesures précises[6]. La cour a parfois rejeté cette lecture de la Partie VII, comme dans l'affaire *Picard*[7], mais certains juges se sont montrés enclins à la retenir, comme dans l'affaire *FCFA*[8].

Tout récemment, dans l'affaire *Fédération des francophones de la ColombieBritannique*, la Cour fédérale a émis certains commentaires à l'endroit de la Partie VII, qui démontrent bien la nature du problème. Il vaut donc la peine de les citer en détail :

> En l'absence de règlement qui pourrait en circonscrire l'amplitude, la discrétion laissée aux institutions fédérales demeure donc entière. Ceci s'explique aisément. Les institutions fédérales sont les mieux placées pour déterminer, à l'intérieur du mandat institutionnel qui est le leur, quelles sont les mesures positives précises et spécifiques les mieux indiquées et les plus appropriées pour rencontrer l'engagement de favoriser l'épanouissement des minorités linguistiques et de

---

6 Voir par exemple Fédération des francophones de la Colombie-Britannique c Canada (Emploi et Développement social), 2018 CF 530 au para 199.

7 Picard c Canada (Office de la propriété intellectuelle), 2010 CF 86.

8 Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada c Canada (Procureur général), 2010 CF 999.

> promouvoir la pleine reconnaissance et l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne.
>
> […]
>
> À la différence des parties I à V de la *LLO*, la partie VII ne vise pas à protéger ou établir certains droits linguistiques précis.
>
> […]
>
> En somme, l'article 41 n'impose pas d'obligations précises et particulières aux institutions fédérales. Rien dans le langage utilisé au paragraphe 41(2) n'évoque quelque spécificité que ce soit.[9]

Pour des raisons que nous avons exposé en détail ailleurs[10], nous sommes d'avis que la Cour fédérale a erré dans son interprétation de l'article 41, et nous osons espérer que la Cour d'appel fédérale accueillera l'appel dont elle est présentement saisie dans cette affaire. Néanmoins, il faut reconnaître qu'un tel résultat n'est pas étonnant, même s'il est décevant. La Partie VII n'énonce pas avec suffisamment de clarté les normes juridiques qui sont essentielles à sa mise en œuvre, que ce soit par les institutions fédérales ou par les tribunaux appelés à évaluer leur conduite en rétrospective. On peut certes inférer les normes requises des dispositions en place, comme ont tenté de le faire nombreux juristes et avocats[11], mais leur libellé comporte un niveau d'ambiguïté qui permet au gouvernement de les interpréter de façon minimaliste et qui décourage les tribunaux, qui en général sont enclins à être conservateurs, de rendre des jugements trop assertifs à son égard.

1.3 La nature du défi

Pour corriger ce problème et empêcher que la Partie VII soit vidée de son vrai sens, il faut adopter une stratégie différente.

En raison de sa fonction transversale, tel qu'exposé à la section 3.1 du présent texte, la Partie VII doit énoncer des normes juridiques qui s'appliquent à toutes les institutions fédérales, dont les missions et les activités sont très variées. De plus, elles doivent être formulées en tenant compte du fait qu'il est impossible de prédire à l'avance toutes les situations dans lesquelles le respect de l'égalité réelle pourrait

---

9 *Ibid* au para 208, 214 et 216.

10 Érik Labelle Eastaugh, « Enforcing Part VII of the Official Languages Act: the Structure of s. 41 as a Legal Norm » (2017) 4 Revue de droit linguistique 1 [Labelle Eastaugh].

11 Voir, par exemple, Serge Rousselle, « Modifications à la Partie VII de la *Loi sur les langues officielles* : L'obligation de consulter » (2007) 9 RCLF 183; Michel Doucet, « La partie VII de la *Loi sur les langues officielles* du Canada : une victoire à la Pyrrhus ou un réel progrès » (2007) 9 RCLF 31; Labelle Eastaugh, *ibid*.

exiger une approche différente à l'égard des deux communautés linguistiques ou dans lesquelles une institution fédérale pourrait faire progresser l'égalité des langues officielles sur le plan sociologique.

La solution qu'a d'abord retenue le législateur en 1988, lors de la première mouture de la Partie VII, était d'énoncer un engagement général que les institutions fédérales seraient appelées à préciser dans l'exécution de leurs mandats[12]. Cette approche s'est soldée par un échec au niveau de l'interprétation judiciaire. Or, il faut souligner que l'idée d'énoncer un principe général ne pose pas de problème en soi. Les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*, par exemple, comme la majorité des dispositions constitutionnelles, d'ailleurs, énoncent des normes générales que les tribunaux ont par la suite dû préciser au cas par cas[13]. Toutefois, la nature des principes que la version originale de l'article 41 cherchait à consacrer, conjuguée à l'étendue et à la complexité des activités que l'on cherchait à réglementer par l'entremise de cette seule norme, ont fait en sorte que la disposition a été interprétée comme étant non-justiciable[14].

En 2005, le législateur a tenté une nouvelle approche. En plus de préciser que l'article 41 impose une « obligation » aux institutions fédérales, on a explicitement autorisé les recours judiciaires fondés sur la Partie VII[15], ce qui permettrait aux tribunaux de s'impliquer dans la définition des obligations de base, et on a conféré le pouvoir de prendre des règlements régissant la mise en œuvre de la Partie VII[16], qui devait mener à l'adoption de normes plus précises. Néanmoins, comme nous pouvons le constater, cette approche n'a pas produit les résultats escomptés. Les tribunaux ont continué à interpréter l'article 41 de façon restrictive, et aucun règlement n'a été pris depuis l'entrée en vigueur du paragraphe 41(3).

1.4 La solution : des normes précises issues d'un processus de consultation

Si l'on veut garantir que les normes énoncées à la Partie VII seront réellement mises en œuvre, il faut les assortir d'un processus obligatoire menant à l'adoption de normes précises adaptées aux contextes particuliers dans lesquels œuvrent les

---

[12] À l'époque, l'article 41 se lisait comme suit : « 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 pleine reconnaissance et l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne ». Il n'y avait aucune mention d'« obligation » ou de « mesures positives » dans le libellé de la Partie VII.

[13] Voir, par exemple, Érik Labelle Eastaugh, « Jurilinguistique et égalité : les droits linguistiques en tant qu'accords incomplètement théorisés » (2017) 47 RDUS 1 aux pp 8-14.

[14] Forum des maires de la Péninsule acadienne c Canada (Agence d'inspection des aliments), 2004 CAF 263.

[15] *LLO*, *supra* note 2, art 77(1).

[16] *Ibid*, art 41(3).

diverses institutions fédérales. En outre, l'élaboration des normes plus précises doit s'articuler sur un processus de consultation auprès des CLOSM elles-mêmes.

La nécessité d'un processus de consultation s'explique facilement, ayant déjà été reconnu par la Cour suprême du Canada, notamment en matière d'éducation dans le cadre de l'article 23 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Mahe c. Alberta*[17], la Cour suprême du Canada était saisie de la question de savoir si l'article 23 confère un droit de « gestion et de contrôle » sur les écoles de la minorité aux ayants-droit. Comme on le sait, la Cour a bel et bien reconnu l'existence d'un tel droit. Sa conclusion à cet égard était fondée en grande partie sur le fait qu'une institution dominée par la majorité éprouvera de la difficulté à repérer et à comprendre les enjeux linguistiques et culturels d'une décision particulière. Comme l'a souligné le juge en chef Dickson,

> les minorités linguistiques ne peuvent pas être toujours certaines que la majorité tiendra compte de toutes leurs préoccupations linguistiques et culturelles. Cette carence n'est pas nécessairement intentionnelle: on ne peut attendre de la majorité qu'elle comprenne et évalue les diverses façons dont les méthodes d'instruction peuvent influer sur la langue et la culture de la minorité[18].

Bien qu'il s'agisse d'un contexte légèrement différent, cette observation s'applique également aux questions soulevées par la Partie VII. Si les services prodigués par l'État fédéral sont peut-être moins critiques à la survie des CLOSM que l'éducation, ils constituent néanmoins un appui important à leur vitalité. De plus, comme l'a reconnu la Cour suprême dans l'arrêt *DesRochers*, la prestation d'un service de qualité égale peut exiger qu'il soit prodigué sur la base d'un modèle différent qui tienne compte des différences entre les communautés linguistiques[19]. Or, pour qu'il soit tenu compte des intérêts linguistiques et culturels des CLOSM, il doivent être impliqués dans le processus décisionnel.

Dans le cadre de l'article 23, ce problème a été réglé en reconnaissant à la communauté un droit de gestion et de contrôle collectif, lequel s'est traduit en général par la mise sur pied de conseils scolaires autonomes pour les écoles de la minorité. Sans chercher à reproduire intégralement un tel modèle au sein de la fonction publique fédérale, on peut s'en inspirer pour façonner un régime qui garantit que la perspective et les intérêts des CLOSM seront pris en compte.

---

[17] *Mahe c Alberta*, [1990] 1 RCS 342.
[18] *Ibid* à la p 372.
[19] *DesRochers*, *supra* note 3 au para 51.

1.5 Proposition de modification

À titre d'illustration, nous avons rédigé une proposition de modification de la Partie VII qui permettrait d'atteindre le but recherché. Par souci de commodité, la proposition est présentée à deux reprises. Le premier tableau compare la proposition à la version actuelle des dispositions en cause afin qu'il soit plus facile de repérer les modifications. Le deuxième tableau contient uniquement la proposition de modification, mais inclut également des notes explicatives qui permettent de mieux comprendre la nature et la raison de la modification proposée.

Proposition de modification de la Partie VII et le libellé actuel

Modifications proposées	Droits actuel
PARTIE VII **Droits des communautés de langue officielle en situation minoritaire et promotion de l'anglais et du français**	**PARTIE VII** Promotion du français et de l'anglais
Obligation générale 41 Le gouvernement fédéral a l'obligation de favoriser la vitalité sociolinguistique des communautés de langue officielle en situation minoritaire du Canada (« CLOSM ») et à appuyer leur développement, ainsi qu'à promouvoir la pleine reconnaissance et l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne.	**Engagement** 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 pleine reconnaissance et l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne.

	Obligations des institutions fédérales (2) Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que soient prises des mesures positives pour mettre en oeuvre cet engagement. Il demeure entendu que cette mise en oeuvre se fait dans le respect des champs de compétence et des pouvoirs des provinces.
(Voir l'article 41.3 ci-dessous)	**Règlements** (3) Le gouverneur en conseil peut, par règlement visant les institutions fédérales autres que le Sénat, la Chambre des communes, la bibliothèque du Parlement, le bureau du conseiller sénatorial en éthique, le bureau du commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique, le Service de protection parlementaire ou le bureau du directeur parlementaire du budget, fixer les modalités d'exécution des obligations que la présente partie leur impose.
Obligations des institutions fédérales envers les CLOSM 41.1 (1) Les institutions fédérales identifient les décisions, politiques, programmes et toute autre activité entreprise par elles dans le cadre de leur mandat qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur la vitalité sociolinguistique ou le développement des CLOSM, notamment toute mesure	

adoptée dans le cadre des Parties I à V de la présente loi (« les activités visées »).	
(2) Les institutions fédérales mettent en place un processus tri-annuel pour la mise en oeuvre du paragraphe (1).	
(3) Le processus visé au paragraphe (2) inclut une consultation avec chacune des entités représentatives identifiées à l'article 41.2 de la présente loi.	
(4) Le processus visé au paragraphe (2) se termine par la conclusion d'une entente avec chacune des entités représentatives. Les ententes dressent une liste des activités visées pour la région concernée, et elles identifient les mesures qui peuvent être prises dans le cadre de celles-ci pour favoriser la vitalité sociolinguistique et le développement des CLOSM.	
(5) Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que les activités qui figurent aux ententes, ainsi que toute autre activité qui répond au critère du paragraphe (1), soient entreprises de telle sorte à ne pas nuire à la vitalité sociolinguistique et au développement des CLOSM.	
(6) Les institutions fédérales adoptent les mesures permettant de favoriser la vitalité sociolinguistique et le	

développement des CLOSM qui figurent aux ententes.	
(7) Si toutes les mesures raisonnables ont été prises et que tous les projets raisonnables ont été élaborés afin de faire respecter les paragraphes (5) et (6), les obligations qu'ils imposent sont assujetties aux limitations raisonnables et nécessaires qu'exigent les circonstances.	
(8) Les institutions fédérales adoptent toute autre mesure permettant de favoriser la vitalité sociolinguistique et/ou le développement des CLOSM qui sont raisonnables dans les circonstances.	
(9) Les institutions fédérales peuvent recevoir une demande de tout membre du public d'adopter une mesure visée au paragraphe (8).	
(10) Les demandes visées au paragraphe (9) sont acceptées ou refusées conformément aux principes de la présente loi. Si elles sont refusées, le refus est communiqué au demandeur par écrit avec motifs à l'appui.	
Les entités représentatives 41.2 (1) Le gouverneur en conseil désigne, par règlement, au moins une	

entité représentative pour la CLOSM de chaque province.	
(2) Le gouverneur en conseil consulte les CLOSM avant d'adopter le règlement prévu au paragraphe (1).	
(3) Toute modification subséquente à la liste d'entités désignées exige, au préalable, le concours des deux tiers des entités actuellement désignées.	
(4) Nonobstant toute autre source de financement qu'elles puissent posséder, les entités représentatives reçoivent une somme équivalant au traitement d'un juge de la Cour fédérale autre que le juge en chef pour l'exécution de leurs fonctions en vertu de la présente partie. Leurs représentants ont droit aux frais de déplacement et de séjour entraînés par l'accomplissement de leurs fonctions hors du lieu de leur résidence habituelle.	
(5) Une entité représentative peut déléguer ses droits et fonctions en vertu de la présente loi à une autre entité représentative.	
Règlements 41.3 Le gouverneur en conseil peut, par règlement visant les institutions fédérales autres que le Sénat, la Chambre des communes, la	

bibliothèque du Parlement, le bureau du conseiller sénatorial en éthique, le bureau du commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique, le Service de protection parlementaire ou le bureau du directeur parlementaire du budget, fixer les modalités d'exécution des obligations que la présente partie leur impose.	

Proposition de modification de la Partie VII accompagnée de notes explicatives

Modifications proposées	Notes explicatives
PARTIE VII **Droits des communautés de langue officielle en situation minoritaire et promotion de l'anglais et du français**	Nous proposons de modifier l'intitulé de la Partie VII. Il y a lieu de préciser explicitement que la Partie VII crée des droits pour les CLOSM. Dans son récent jugement, la Cour fédérale a prétendu, à tort selon nous, que la Partie VII se distingue des autres parties de la *LLO* en ce qu'elle n'est pas créatrice de « droits » mais seulement d'obligations19.
Obligation générale 41 Le gouvernement fédéral a l'obligation de favoriser la vitalité sociolinguistique des communautés de langue officielle en situation minoritaire du Canada (« CLOSM ») et à appuyer leur développement, ainsi qu'à promouvoir la pleine reconnaissance et l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne.	Il y a lieu de remplacer le terme « engagement » par « obligation » pour préciser davantage le fait que l'article 41 vise à limiter la discrétion des institutions fédérales. Il y a lieu de remplacer le terme « minorité francophones et anglophones » par « communauté de langue officielle en situation minoritaire ». Cela est plus fidèle aux aspects collectifs des intérêts que la Partie VII cherche à protéger, et s'accorde mieux avec la version anglaise actuelle, qui emploie déjà un tel vocabulaire. Il y a lieu de remplacer le terme « épanouissement » par « vitalité sociolinguistique ». Ce dernier terme décrit avec plus d'exactitude l'intérêt visé et correspond davantage à la version anglaise actuelle, qui parle de « *vitality* ».

Obligations des institutions fédérales envers les CLOSM 41.1 (1) Les institutions fédérales identifient les décisions, politiques, programmes et toute autre activité entreprise par elles dans le cadre de leur mandat qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur la vitalité sociolinguistique ou le développement des CLOSM, y compris toute mesure adoptée dans le cadre des Parties I à V de la présente loi (« les activités visées »).	Le paragraphe 41.1(1) énonce l'obligation de base d'identifier les activités, décisions, etc. qui seront susceptible d'avoir une influence sur les intérêts protégés des CLOSM. Le processus à suivre à cet égard est énoncé dans les paragraphes qui suivent, tout comme les obligations qui en découlent par la suite.
(2) Les institutions fédérales mettent en place un processus tri-annuel pour la mise en oeuvre du paragraphe (1).	Nous proposons une révision à tous les trois ans pour deux raisons : (1) accorder suffisamment de temps aux institutions pour effectuer le travail requis; (2) assurer que la liste produite soit mise à jour en temps opportun.
(3) Le processus visé au paragraphe (2) inclut une consultation avec chacune des entités représentatives identifiées à l'article 41.2 de la présente loi.	Obligation de base de consulter les CLOSM.
(4) Le processus visé au paragraphe (2) se termine par la conclusion d'une entente avec chacune des entités représentatives. Les ententes dressent une liste des activités visées pour la région concernée, et elles identifient les mesures qui peuvent être prises dans le cadre de celles-ci pour	Cette disposition fait une distinction entre deux concepts : celui d'« activité visée » et celui de « mesure ». Les activités visées sont des sphères d'activité, des types de décision, des programmes, etc. qui mettent en cause les intérêts des CLOSM. Leur effet peut être positif, négatif ou autre sur les CLOSM. Il importe de s'assurer que les institutions fédérales soient au

favoriser la vitalité sociolinguistique et le développement des CLOSM.	courant de cette dimension lorsqu'elles agissent dans une telle sphère. Les mesures sont les mesures particulières que pourraient prendre les institutions fédérales dans le but exprès de favoriser la vitalité sociolinguistique ou le développement d'une CLOSM.
(5) Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que les activités qui figurent aux ententes, ainsi que toute autre activité qui répond au critère du paragraphe (1), soient entreprises de telle sorte à ne pas nuire à la vitalité sociolinguistique et au développement des CLOSM.	Cette disposition crée une obligation exécutoire qui peut faire l'objet d'une plainte au CLO et d'un recours devant la Cour fédérale. Elle crée aussi une catégorie résiduelle d'activité, au cas où une activité pertinente n'aurait pas été incluse dans une entente, mais qu'on puisse démontrer sa pertinence par la suite.
(6) Les institutions fédérales adoptent les mesures permettant de favoriser la vitalité sociolinguistique et le développement des CLOSM qui figurent aux ententes.	Cette disposition crée une obligation exécutoire qui peut faire l'objet d'une plainte au CLO et d'un recours devant la Cour fédérale.
(7) Si toutes les mesures raisonnables ont été prises et que tous les projets raisonnables ont été élaborés afin de faire respecter les paragraphes (5) et (6), les obligations qu'ils imposent sont assujetties aux limitations raisonnables et nécessaires qu'exigent les circonstances.	

(8) Les institutions fédérales adoptent toute autre mesure permettant de favoriser la vitalité sociolinguistique et/ou le développement des CLOSM qui sont raisonnables dans les circonstances.	Cette disposition prévoit que les obligations des institutions fédérales ne sont pas épuisées par les ententes et que toute autre mesure pertinente et raisonnable doit être prise.
(9) Les institutions fédérales peuvent recevoir une demande de tout membre du public d'adopter une mesure visée au paragraphe (8).	Cette disposition vise à permettre aux membres du public, autre que les entités représentatives, d'enrichir la discussion sur la mise en oeuvre de l'article 41.
(10) Les demandes visées au paragraphe (9) sont acceptées ou refusées conformément aux principes de la présente loi. Si elles sont refusées, le refus est communiqué au demandeur par écrit avec motifs à l'appui.	
Les entités représentatives 41.2 (1) Le gouverneur en conseil désigne, par règlement, au moins une entité représentative pour la CLOSM de chaque province.	
(2) Le gouverneur en conseil consulte les CLOSM avant d'adopter le règlement prévu au paragraphe (1).	
(3) Toute modification subséquente à la liste d'entités désignées exige, au préalable, le concours des deux tiers des entités actuellement désignées.	

(4) Nonobstant toute autre source de financement qu'elles puissent posséder, les entités représentatives reçoivent une somme équivalant au traitement d'un juge de la Cour fédérale autre que le juge en chef pour l'exécution de leurs fonctions en vertu de la présente partie. Leurs représentants ont droit aux frais de déplacement et de séjour entraînés par l'accomplissement de leurs fonctions hors du lieu de leur résidence habituelle.	Cette disposition, calquée sur la disposition régissant le traitement du Commissaire aux langues officielles, cherche à illustre comment l'on pourrait garantir que les entités représentatives aient les ressources requises pour assurer leur indépendance du gouvernement fédéral et pour leur permettre de remplir leurs fonctions en vertu de la loi. Il faudrait étudier davantage la question pour déterminer le niveau de ressources requis.
(5) Une entité représentative peut déléguer ses droits et fonctions en vertu de la présente loi à une autre entité représentative.	
Règlements 41.3 Le gouverneur en conseil peut, par règlement visant les institutions fédérales autres que le Sénat, la Chambre des communes, la bibliothèque du Parlement, le bureau du conseiller sénatorial en éthique, le bureau du commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique, le Service de protection parlementaire ou le bureau du directeur parlementaire du budget, fixer les modalités d'exécution des obligations que la présente partie leur impose.	Cette disposition cherche à préserver le pouvoir réglementaire crée en 2005, qui pourrait être un outil puissant s'il était employé.

Blogue sur les droits linguistiques

(2017-2020) 4 RDL 153

Publié le 28 mai 2020

La revitalisation des langues autochtones au Canada : un survol de la *Loi sur les langues autochtones*

Véronique Otis[1]

La langue est un élément fondamental des identités, des cultures, de la spiritualité et de l'autodétermination des peuples autochtones. Malgré ceci, les plus de 70 langues autochtones parlées à travers du Canada[2] se trouvent en grande partie à un point critique en ce qui concerne leur vitalité. Afin de lutter contre cette tendance, le Canada adopté en 2019 la Loi *sur les langues autochtones* [*LLA*]. Celle-ci vise à préserver, revitaliser et promouvoir les langues autochtones. Elle cherche également à reconnaître les droits linguistiques des Autochtones découlant de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et du droit international[3].

Le préambule de la *LLA* reconnait que l'histoire colonialiste du Canada ainsi que les politiques discriminatoires du gouvernement fédéral ont directement contribué à la situation précaire des langues autochtones. Par exemple, les pensionnats indiens ont tenté d'exterminer les langues et les cultures autochtones en forçant l'assimilation de ces peuples. La *LLA* a donc un caractère réparateur. Sa force principale est de crée un cadre administratif qui soutient les collectivités autochtones et leur donne le pouvoir d'implémenter leurs propres projets dans le but de revitaliser leurs langues. Selon certains leaders autochtones, il s'agit d'un pas important vers la réconciliation[4].

Le présent texte a pour but d'exposer les circonstances menant à la décision d'adopter une loi sur les langues autochtones (1), le processus suivi pour

---

1 Chercheuse associée, Observatoire international des droits linguistiques, Faculté de droit, Université de Moncton

2 Statistique Canada, Recensement en bref : Les langues autochtones des Premières Nations, des Métis et des Inuits, Ottawa, Statistique Canada, 25 octobre 2017.

3 Assemblée des Premières Nations, Guide de la Loi concernant les langues autochtones : un outil pour la revitalisation des langues des Premières Nations, juin 2019 à la p 22.

4 « Des lois cruciales pour les Autochtones, sur la langue et l'enfance, sont sanctionnées », *Radio-Canada* (21 juin 2019), en ligne : < https://ici.radio-canada.ca/espaces-autochtones/1194826/lois-langues-autochtones-protection-enfants-familles-sanctions>.

l'élaboration de celle-ci (3), ainsi que les pouvoirs créés par la LLA (3). Nous étudierons également certaines critiques possibles de cette loi (4).

Les circonstances menant à l'adoption de la Loi sur les langues autochtones

Le droit international a été le premier à reconnaitre l'importance des langues autochtones. Par exemple, la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* fournit des lignes directrices aux États sur les droits des Autochtones. Elle traite des droits autochtones relatifs à l'identité, à la culture et à la langue, parmi d'autres[5]. Plus spécifiquement, elle prévoit que les peuples autochtones ont le droit de « revivifier, d'utiliser, de développer et de transmettre aux générations futures leur histoire, leur langue, leurs traditions orales, leur philosophie, leur système d'écriture et leur littérature… »[6]. Le Canada s'est engagé, près d'une décennie après son adoption, en mai 2016, à intégrer les droits qu'elle contient au droit interne canadien[7].

Sur le plan interne, les appels à l'action de la Commission de vérité et de réconciliation [CVR] ont attiré l'attention sur l'importance de la reconnaissance de la langue comme un droit fondamental pour les peuples autochtones au Canada. La CVR reconnaît que la langue est essentielle pour « définir et préserver [le] regard sur le monde [des peuples autochtones] »[8]. Le rapport final de la CVR implore le gouvernement fédéral de prendre trois actions spécifiques en lien avec la langue afin de faire avancer le processus de réconciliation entre les Canadiens et les peuples autochtones.

Premièrement, la Commission demande au gouvernement fédéral de reconnaitre que les droits des Autochtones incluent les droits linguistiques[9]. Elle recommande également l'adoption d'une loi sur les langues autochtones[10]. La Commission précise que c'est le gouvernement fédéral qui doit avoir le fardeau de fournir les fonds nécessaires pour revitaliser et préserver les langues autochtones. De plus, la Commission ajoute que ce sont les peuples et les collectivités autochtones qui sont

---

5 Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, 13 septembre 2007.

6 *Ibid* art 13.

7 Affaires autochtones et du Nord Canada, *Le Canada appuie maintenant le Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones sans réserve*, Communiqué de presse annoncé par L'honorable Carolyn Bennett, ministre des Affaires autochtones et du Nord, New York, 10 mai 2016.

8 Commission de vérité et réconciliation du Canada, « Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir : sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada », (2015), à la p 158.

9 Commission de vérité et réconciliation du Canada, « Commission de vérité et réconciliation du Canada : Appels à l'action » (2015), appel à l'action #13.

10 *Ibid*, appel à l'action #14.

les mieux placés pour gérer la préservation et la revitalisation de leurs langues. Finalement, le gouvernement fédéral est appelé à nommer un commissaire aux langues autochtones, qui serait chargé de contribuer à la promotion des langues autochtones et de s'assurer que le financement est utilisé à bon escient[11].

Ces initiatives, tant sur la scène internationale qu'au Canada, ont contribué à l'adoption de la *LLA*. Son préambule confirme explicitement qu'avec l'adoption de cette nouvelle législation, le gouvernement fédéral s'engage à mettre en œuvre la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* en plus de répondre aux appels à l'action de la CVR.

Le processus d'élaboration

Le 6 décembre 2016, le Premier ministre Justin Trudeau a annoncé la préparation d'un projet de loi fédéral sur les langues autochtones, qui serait développé en collaboration avec les Autochtones[12]. Celle-ci viserait la revitalisation, la protection et le renforcement des langues autochtones. Afin de réaliser cette initiative, le Budget de 2017 proposait un investissement de 89,9 millions de dollars sur une période de trois ans, incluant une somme de 69 millions de dollars consacrée à la création de documents d'apprentissage, au financement de cours de langue et de camps culturels, et l'archivage des langues autochtones[13].

Le processus d'élaboration a débuté en juin 2017. La première étape a été une série de rencontres entre trois intervenants autochtones représentant les Premières Nations (soit l'Assemblée des Premières Nations, l'Inuit Tapiriit Kanatami (ITK), et le Ralliement national des Métis) et le ministère du Patrimoine canadien. Ces divers groupes ont collaborer afin d'élaborer un projet de loi qui tiendrait compte des différents enjeux géographiques, politiques et culturels distincts qui sont propres à chaque communauté.

Par la suite, vingt (20) séances de mobilisation ont eu lieu afin de consulter des experts, des gardiens de la langue, des ainés et de nombreuses organisations autochtones représentant les Premières Nations, les Inuits et les Métis. Les discussions ont en grande partie porté sur les meilleurs moyens de revitaliser les langues autochtones ainsi que les meilleurs moyens de mettre en œuvre les appels à l'action portant sur la langue de la CVR. Les avis sur le rôle et les responsabilités potentielles du commissaire, le degré de contrôle que devraient exercer les

---

11 *Ibid*, appel à l'action #15.

12 Assemblée des Premières Nations, Guide de la Loi concernant les langues autochtones : un outil pour la revitalisation des langues des Premières Nations, à la p 12.

13 Ministère des Finances, *Un Canada fort à l'échelle nationale et internationale*, 2017, nº de catalogue F1-23/3F-PDF, à la p 191.

Autochtones et la situation actuelle des langues autochtones ont aussi été sollicités et discutés[14].

Les intervenants ont également partagé leurs suggestions sur ce que la législation devrait prévoir afin de véritablement préserver, promouvoir et revitaliser ces langues. L'importance du contrôle autochtone sur les efforts de revitalisation est un principe qui a été mentionné à maintes reprises. Plusieurs se sont dit d'avis que les Autochtones sont les mieux placés pour déterminer ce qui correspond à leurs besoins, et que la gestion des dinitiatives de préservation, de promotion et de revitalisation des langues devrait leur être confiée. En fait, plusieurs ont argumenté que cela était le seul moyen d'assurer le succès du projet[15].

Un projet de loi a été rédigé en tenant compte de ces interventions. Le 5 février 2019, le projet de loi C-91, la *Loi concernant les langues autochtones*, est déposé en première lecture à la Chambre des communes. Lors de la deuxième lecture, le ministre du Patrimoine canadien et du multiculturalisme, l'honorable Pablo Rodriguez, décrit le projet de loi comme historique et comme « absolument essentiel, non seulement pour les peuples autochtones, mais aussi pour tous les Canadiens »[16]. La *LLA* reçoit la sanction royale le 21 juin 2019.

Survol des pouvoirs créer par la *Loi*

La *LLA* cherche à mettre en œuvre les droits linguistiques autochtones découlant du droit international et du droit constitutionnel canadien. Elle crée l'obligation pour le Canada de protéger ces droits en adoptant des mesures concrètes de revitalisation et de protection des langues. Comme mentionné antérieurement, cette nouvelle loi reconnaît sans équivoque que les droits linguistiques des Autochtones sont des droits constitutionnels[17].

L'article 7 de la *LLA* impose au ministre du Patrimoine canadien une obligation de consulter :

> [D]ivers gouvernements autochtones et autres corps dirigeants autochtones ainsi que de divers organismes autochtones en vue d'atteindre l'objectif d'octroyer un financement adéquat, stable et à

---

14 Patrimoine canadien, 2017-2018 Séances de mobilisation précoce : Législation sur les langues autochtones – Résumé des constatations, 2018, nº de catalogue CH14-40/2018F-PDF, à la p 4.

15 *Ibid* à la p 6.

16 *Débats de la Chambre des communes*, 42e parl, 1ere sess, (7 février 2019) à la p 1030 (Pablo Rodriguez) [*Débats*].

17 *Loi sur les langues autochtones*, LC 2019, c 23, art 6 [LLA].

> long terme en ce qui touche la réappropriation, la revitalisation, le maintien et le renforcement des langues autochtones[18].

Cette obligation reconnait que ce sont les Autochtones qui sont les mieux placés pour déterminer le soutien financier et les mécanismes de financement nécessaires pour assurer le succès de leurs initiatives.

Les articles 8, 9 et 10 régissent l'autorité du ministre de conclure des accords avec tous les ordres de gouvernement en ce qui concerne « la fourniture, dans une langue autochtone, de programmes et de services en ce qui a trait à l'éducation, la santé et l'administration de la justice »[19]. En ce qui concerne l'accès à des services dans une langue autochtone auprès des institutions fédérales, l'article 10.1 ajoute la mise en garde que celles-ci peuvent offrir ces services seulement si elles ont « la capacité de le faire et si la demande visant l'accès à ces services dans cette langue est suffisante »[20].

La majorité des dispositions de la *LLA*, c'est-à-dire les articles 12 à 44, est consacrée à la création et à la mise en place du Bureau du commissaire aux langues autochtones. Celui-ci est composé du commissaire et d'au plus trois directeurs[21]. Encore une fois, la législation exige au ministre du Patrimoine canadien de consulter avec de nombreux groupes autochtones avant de nommer le commissaire[22]. L'obligation de consulter s'applique également à la sélection des directeurs, qui doivent être aptes à représenter les intérêts des Autochtones[23].

Le Bureau s'est vu confié un mandat précis. Ses objectifs incluent : de contribuer à la promotion des langues autochtones; de soutenir les peuples autochtones dans leurs efforts à revitaliser, maintenir et renforcer les langues autochtones; de faciliter le règlement de différends et d'examiner les plaintes déposées par « un gouvernement autochtone ou autre corps dirigeant autochtone, un organisme autochtone ou un Autochtone »[24] portant sur l'exécution des obligations du gouvernement canadien[25]. Le Bureau doit également promouvoir la sensibilisation

---

18 *Ibid* art 7.
19 *Ibid* art 8.
20 *Ibid* art 10.1.
21 *Ibid* art 12(1).
22 *Ibid* art 13.
23 *Ibid* art 16(2).
24 *Ibid* au para 27(1).
25 *Ibid* au para 26.

du public, et appuyer de nouveaux projets ainsi que l'utilisation de technologies dans le but de revitaliser des langues autochtones[26].

La *LLA* confère au Bureau de nombreux pouvoirs. Par exemple, il peut : effectuer des recherches et des études[27]; créer une variété de documents afin de maintenir et transmettre la langue; établir des normes de certification pour les traducteurs et les interprètes; établir des démarches auprès des différents niveaux de gouvernements afin de déterminer des méthodes pédagogiques qui sont culturellement appropriées pour enseigner la langue[28].

Enfin, la *LLA* créer l'obligation pour le Bureau d'élaborer un rapport annuel. Celui-ci doit contenir des détails et des mises à jour sur les éléments suivants: l'usage et la vitalité des langues autochtones; les progrès et les besoins existants; l'efficacité du financement accordé par le gouvernement fédéral et la mise en œuvre de la *LLA*[29]. Ce rapport est transmis au ministre qui le dépose par la suite devant chaque chambre du Parlement[30] pour être étudié en comité[31].

Analyse critique de la *LLA*

L'article 6 de la *LLA* reconnaît que les droits des peuples autochtones sont effectivement reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Néanmoins, la nouvelle loi n'accorde pas le statut de langue officielle aux langues autochtones. De plus, elle ne crée aucun droit linguistique comme tel. On pourrait donc prétendre qu'elle ne va pas assez loin.

Lors de la deuxième lecture du projet de loi à la Chambre des communes, le ministre du Patrimoine canadien et du multiculturalisme, l'honorable Pablo Rodriguez, a adressé la question. Il précise que :

> [La *LLA*] a été conçue expressément pour qu'il soit possible de bâtir autour de celle-ci. Elle offre la possibilité d'intégrer des ententes qui seront développées dans le respect des aspirations et des besoins de chaque nation autochtone. Ces ententes garantiront que les circonstances uniques de chacun des groupes distincts, les Premières Nations, les Inuits et les Métis peuvent être reflétées et traitées. Ainsi,

---

26 *Ibid* art 23(1).
27 *Ibid* art 24.
28 *Ibid* art 25.
29 *Ibid* art 43(1).
30 *Ibid* art 44(1).
31 *Ibid* art 44(2).

> cette loi est flexible et elle tient compte des besoins des différents groupes, des différentes communautés, des différentes régions[32].

Malgré ceci, certains représentants autochtones sont d'avis que la LLA ne réussit pas à satisfaire à les besoins de leurs communautés. Par exemple, le chef de l'ITK, Natan Obed, dénonce l'absence de dispositions spécifiques portant sur la situation des Inuits. Étant donné que les personnes de langue maternelle inuktut représentaient 65% de la population du Nunavut en 2016[33], il aurait souhaité que la *LLA* ait prévu des dispositions quant à l'officialisation des langues autochtones sur un territoire donné[34].

De plus, les pouvoirs accordés au commissaire aux langues autochtones sont moins considérables comparativement aux autres commissaires linguistiques du pays. Par exemple, son pouvoir de gérer des plaintes ne comprend pas le pouvoir d'enquête[35]. De plus, alors que son inamovibilité[36] lui accorde une certaine indépendance, il reste qu'il se rapporte au ministre du Patrimoine, et non au Parlement.

Peu importe qu'elle aille assez loin ou non, il reste que la *LLA* demeure importante. Notamment, elle permet l'émergence d'un cadre administratif qui soutiendra les peuples autochtones dans la réalisation de leurs propres initiatives visant à préserver et à revitaliser leurs langues. Elle reconnait également que les langues autochtones sont d'une importance fondamentale pour les peuples autochtones, et qu'ils sont les mieux placés pour déterminer comment répondre aux besoins de leurs communautés et leur langue. Elle appuie donc la capacité d'autodétermination des peuples autochtones. Par conséquent, la *LLA* représente un pas dans la bonne direction.

---

[32] *Débats*, *supra* note 13, à la p 1030.

[33] Statistique Canada, Étude: Évolution de la situation linguistique au Nunavut, 2001 à 2016, 2019, à la p 1.

[34] René Lemieux, « Reconnaissance des langues autochtones au Canada : un commentaire sur le projet de loi C-91 » (31 mars 2019), *Trahir* (blogue), en ligne : https://trahir.wordpress.com/2019/03/31/lemieux-c-91/.

[35] François Larocque, « La Loi concernant les langues autochtones, LC 2019, c 23 : un premier pas législatif vers la revitalisation des langues autochtones au Canada » (7 aout 2019), *Juriblogue* (blogue), en ligne : https://juriblogue.ca/la-loi-concernant-les-langues-autochtones-lc-2019-c-23-un-premier-pas-legislatif-vers-la-revitalisation-des-langues-autochtones-au-canada/.

[36] *LLA*, *supra* note 16, art 13.

Blogue sur les droits linguistiques

(2017-2020) 4 RDL 160

Publié le 5 octobre 2020

L'application de l'arrêt *Jordan* aux retards découlant du respect des droits linguistiques

Nicky Gagnon[1]

Dans l'arrêt *R c Jordan*[2], de 2016, la Cour Suprême du Canada s'est penchée sur le droit de subir son procès criminel dans un délai raisonnable protégé par l'alinéa 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*[3]. La cour a statué qu'un délai de plus de 30 mois entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès, pour les affaires instruites devant les cours supérieures, est présumé déraisonnable. Cette présomption peut être réfutée par le ministère public s'il invoque des circonstances exceptionnelles qui sont raisonnablement inévitables, et auxquelles il ne doit pas y avoir un moyen raisonnable de remédier.

Dans le cadre de cette analyse, la cour ne s'est pas penchée directement sur la place qu'il convient de donner aux droits linguistiques de l'accusé. Mais récemment, dans l'arrêt *R c Vaillancourt*[4], la Cour du banc de la reine de l'Alberta a dû traiter de cette question. L'accusé, Marc Vaillancourt, a demandé de subir son procès en français conformément à l'article 530 du *Code criminel*[5]. Son procès n'a pas eu lieu dans le délai prescrit par l'arrêt *Jordan,* et donc M. Vaillancourt a demandé l'arrêt des procédures. En réponse, la Couronne a tenté de justifier le délai en évoquant les difficultés découlant de la tenue d'un procès en français. La cour a donc eu à déterminer si ce facteur est pertinent dans le cadre d'analyse de l'arrêt *Jordan.* Finalement, la cour a ordonné l'arrêt des procédures.

Le présent texte a pour but de résumer l'analyse qu'a faite le juge Ouellette de cette question.

---

1 Chercheuse associée, Observatoire international des droits linguistiques, Faculté de droit, Université de Moncton.

2 *R c Jordan*, 2016 CSC 27, 398 DLR (4e) 381 [Jordan].

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

4 *R c Vaillancourt*, 2019 ABQB 859 [Vaillancourt].

5 *Code Criminel*, LRC 1985, c C-46, art 530 [Code criminel].

1) Faits de l'affaire

Le 28 octobre 2015, la Cour provinciale de l'Alberta a reçu une dénonciation contre Marc Vaillancourt en vertu du *Code criminel*. En vertu du paragraphe 530(1) du *Code criminel*, M. Vaillancourt avait un droit absolu de choisir de subir son procès dans la langue officielle de son choix, pourvu qu'il en fasse la demande au plus tard au moment que la date du procès soit fixée[6]. Or, M. Vaillancourt a seulement été informé de son droit le 8 février 2017[7], alors que les dates pour son procès avaient été fixées lors d'une audience le 13 mai 2016[8]. Il lui était donc impossible de se prévaloir de son droit absolu en vertu du paragraphe 530(1). M. Vaillancourt a donc présenté une demande fondée sur le paragraphe 530 (4), qui prévoit que la cour doit ordonner que le procès se déroule dans la langue officielle de l'accusé si elle est convaincue qu'il est dans « les meilleurs intérêts » de la justice de le faire[9].

Dans cette optique, M. Vaillancourt devait justifier le retard de sa demande. Selon lui, celui-ci tenait à deux causes principales. Premièrement, M. Vaillancourt n'a pas été informé par la cour de son droit et des délais applicables, contrairement au paragraphe 530 (3) du *Code criminel*. Deuxièmement, entre l'émission de la dénonciation et cette date M. Vaillancourt a retenu les services de quatre avocates différentes, et seule la dernière l'a informé de son droit à un procès en français[10].

---

6 La version antérieure du paragraphe 530(1)a)(i) du *Code criminel*, entre le 21 juin 2019 et le 20 juillet 2019, se lisait comme suit : « Sur demande d'un accusé dont la langue est l'une des langues officielles du Canada, faite au plus tard :
au moment où la date du procès est fixée :
s'il est accusé d'une infraction mentionnée à l'article 533 ou punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire
[…] un juge, un juge de la cour provinciale, un juge de la Cour de justice du Nunavut ou un juge de paix ordonne que l'accusé subisse son procès devant un juge de paix, un juge de la cour provinciale, un juge seul ou un juge et un jury, selon le cas, qui parlent la langue officielle du Canada qui est celle de l'accusé ou, si les circonstances le justifient, qui parlent les deux langues officielles du Canada ».

7 *Vaillancourt, supra* note 3 au para 6 u).

8 *Vaillancourt, supra* note 3 au para 6 o).

9 Le paragraphe 530(4) du *Code criminel* prévoit comme suit : « Lorsqu'un accusé ne présente aucune demande pour une ordonnance en vertu des paragraphes (1) ou (2) et que le juge de paix, le juge de la cour provinciale ou le juge devant qui l'accusé doit subir son procès […] est convaincu qu'il est dans les meilleurs intérêts de la justice que l'accusé subisse son procès devant [ceux] qui parlent la langue officielle du Canada qui est celle de l'accusé […] le tribunal peut, par ordonnance, s'il ne parle pas cette langue, renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès devant [ceux] qui parlent cette langue ou, si les circonstances le justifient, qui parlent les deux langues officielles du Canada ».

10 *Vaillancourt, supra* note 3 au para 33.

Le 22 février 2017, la demande à un procès en français de M. Vaillancourt a été acceptée par le juge Macklin. Lors de cette même audience, la Couronne a demandé un ajournement[11]. Les deux procureurs de la Couronne alors affectés au dossier étaient unilingues et le ministère public s'est dit dans l'incapacité de trouver un procureur francophone et de le préparer pour ce procès avant la date prévue pour le début de celui-ci[12]. Si l'ajournement était accordé, la fin des procédures aurait lieu le 8 juin 2018, soit 32 mois après le dépôt des accusations[13]. Néanmoins, la Couronne a indiqué qu'elle était prête à prendre le risque que la défense évoque la décision *Jordan* pour demander un arrêt des procédures en raison de la violation de son droit à un procès dans un délai raisonnable. Le tribunal a donc accueilli la demande et a fixé la date du début du procès à la mi-avril[14]. Peu après, la défense a présenté une requête demandant l'arrêt des procédures en se fondant sur l'arrêt *Jordan*[15].

2) Cadre d'analyse : *l'arrêt Jordan*

En décembre 2008, M. Jordan a été arrêté pour des infractions liées à la possession et au trafic de drogues en Colombie-Britannique. En septembre 2012, M. Jordan a demandé un arrêt des procédures fondé sur son droit d'être jugé dans un délai raisonnable garanti par l'alinéa 11b) de la *Charte*. Le juge a aussitôt rejeté la demande en se fondant sur les principes énoncés dans l'arrêt *Morin*[16] et le procès a été ajourné. En février 2013, 49 mois et demi après le dépôt des accusations, M. Jordan a été déclaré coupable pour cinq infractions[17]. La décision a été portée en appel et s'est rendue jusqu'à la Cour Suprême du Canada, qui en a profité pour écarter l'arrêt *Morin* et développer un nouveau cadre d'analyse pour l'application de l'alinéa 11b) de la *Charte*[18].

Désormais, si le délai entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès est de plus de 18 mois pour les affaires instruites devant les cours provinciales, il est présumé déraisonnable. Pour les affaires portées devant une cour supérieure (ou pour les affaires instruites devant une cour provinciale au terme d'une enquête préliminaire), le délai est plutôt de 30 mois[19]. En outre, l'accusé peut démontrer qu'un délai est déraisonnable même s'il est inférieur au

---

11 *Ibid* aux para 25 et 28.
12 *Ibid* au para 28.
13 *Ibid* au para 29.
14 *Ibid* aux para 29 - 31.
15 *Ibid* aux para 29 - 31.
16 *R c Morin*, [1992] 1 RCS 771 au para 31 [Morin].
17 *Jordan, supra* note 1 au para 12.
18 *Ibid* au para 31.
19 *Ibid* au para 49.

seuil présomptif. Pour ce faire, il doit démontrer qu'il a réellement tenté d'accélérer le processus de l'instance et que celui-ci a été beaucoup plus long qu'il aurait raisonnablement dû l'être[20]. En imposant de telles conditions, la Cour suprême cherche à éviter d'inciter les accusés à délibérément retarder les procédures.

La Cour Suprême a également prévu une période transitoire, car il serait contraire aux principes de justice fondamentaux d'exiger que les parties aient pris des initiatives qui n'étaient pas encore requises lors du commencement de leurs procédures[21]. Puisque les faits de l'arrêt *Vaillancourt* ont précédé la décision *Jordan*, le juge Ouellette a donc dû déterminer si le délai aurait été justifiable à la lumière du cadre d'analyse développé dans *Morin*, en vertu de la mesure transitoire[22].

3) R c Vaillancourt — Décision

Dans l'affaire *Vaillancourt*, les deux parties ont reconnu que le délai était supérieur au plafond présumé mis en place par la décision *Jordan*. La Couronne a toutefois plaidé que le délai pouvait être justifié. Le juge Ouellette a repéré cinq questions en litiges, que nous analyserons à tour de rôle[23].

a) Périodes attribuables à l'accusé

Le délai entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès est présumé être déraisonnable s'il est de plus de 30 mois pour les affaires portées devant une cour supérieure. Toutefois, la Couronne a prétendu que 10 semaines de retard étaient attribuables à la défense et n'étaient pas justifiées en vertu de l'article 530 du *Code criminel*, ce qui aurait eu pour effet de réduire le délai total à 29 mois. La cour a rejeté cet argument en se fondant sur des conclusions de fait.

La Couronne a aussi tenté d'imputer à M. Vaillancourt la responsabilité pour le délai de 12.5 mois entre le 8 février 2017, date où M. Vaillancourt a appris qu'il avait le droit de subir son procès en français, et la fin anticipée des procédures (le 8 juin 2018). Cette prétention s'appuyait sur le fait que M. Vaillancourt avait demandé un ajournement en lien avec sa demande de subir son procès en français. Toutefois, la Cour a conclu que ce délai avait plutôt été causé par le fait qu'aucun participant au système de justice criminelle n'avait informé M. Vaillancourt de son

---

[20] *Ibid* au para 81.
[21] *Ibid* aux para 95 - 97, 128 et 286.
[22] *Vaillancourt*, *supra* note 3 au para 58.
[23] *Ibid* aux para 13 -14.

droit, ainsi que par l'incapacité de la Couronne de trouver un procureur francophone en temps opportun[24].

b) Circonstances exceptionnelles

Le ministère public peut tenter de faire excuser certains délais en prétextant l'existence de circonstances exceptionnelles. Celles-ci doivent être raisonnablement inévitables et il ne peut y avoir un moyen raisonnable d'y remédier. La Couronne doit donc invoquer un événement distinct ou le fait que l'affaire soit particulièrement complexe[25]. Dans l'affaire *Vaillancourt*, la cour a conclu que les droits conférés par la *Charte* et par le *Code criminel*, notamment le droit de subir son procès dans la langue officielle de son choix, ne sont pas des circonstances exceptionnelles permettant de justifier un délai[26].

c) Violation des droits garantis au paragraphe 530 du Code criminel

La Cour devait déterminer s'il y avait eu violation des droits de M. Vaillancourt garantis par l'article 530 du *Code criminel*. Le paragraphe 530 (1) du *Code criminel* accorde un droit absolu à l'accusé de demander que son procès se déroule dans la langue/ officielle de son choix, s'il en fait la demande dans les délais prescrits[27]. Ceci oblige les tribunaux à être institutionnellement bilingues[28]. Si l'accusé n'est pas en mesure de revendiquer son droit dans ces délais, il peut néanmoins présenter une demande en vertu du paragraphe 530 (4). Ce dernier octroie un pouvoir discrétionnaire d'ordonner la tenue du procès dans la langue officielle voulue, s'il est « dans les meilleurs intérêts de la justice » de le faire[29]. Selon l'arrêt *Beaulac*, une demande présentée en vertu du paragraphe 530 (4) ne peut jamais être refusée pour une raison de commodité administrative[30].

En l'espèce, le juge Ouellette a examiné les circonstances entourant la demande de M. Vaillancourt de subir son procès en français. Il a conclu que ce dernier ignorait l'existence de son droit en raison de l'inaction des acteurs du système judiciaire. De ce fait, la Couronne a clairement manqué aux obligations de bilinguisme qui pesaient sur elle en vertu du *Code criminel*. Elle devait jouer un rôle proactif, ce qu'elle n'a pas fait. Le paragraphe 530 (3) du *Code criminel* impose effectivement

---

[24] *Ibid* aux para 11 - 12, 25 - 33.
[25] *Jordan*, *supra* note 1 au para 71.
[26] *Ibid* au para 34-37.
[27] *Code criminel*, *supra* note 4, art 530 (1).
[28] *Vaillancourt*, *supra* note 3 au para 47, citant *R c Beaulac*, [1999] 1 RSC 768, 173 DLR (4e) 193 aux para 24 et 28 [Beaulac].
[29] *Code criminel*, *supra* note 4, art 530 (4).
[30] *Ibid* au para 28.

une obligation à la cour d'informer chaque accusé de son droit à un procès en français. Ainsi, il y a eu violation du droit de l'accusé garanti par l'article 530 du *Code criminel*.

d) Violation des droits garantis par la Charte

Il est indéniable qu'une violation de l'article 530 du *Code criminel* est un tort important[31]. Cependant, ce type de violation ne permet pas d'ordonner un arrêt des procédures. Pour cette raison, l'avocate de M. Vaillancourt a argumenté qu'une telle violation contrevient aux articles 16[32] et 19[33] de la *Charte canadienne des droits et libertés.* Si le juge Ouellette avait accepté cet argument, un arrêt des procédures aurait pu être accordé en vertu de l'article 24 (1) de la *Charte*[34]. Toutefois, en se fondant sur la décision *R c Mackenzie*[35], il a conclu que M. Vaillancourt n'a pas subi une violation de ses droits en vertu des articles 16 et 19 de la *Charte*. L'arrêt *Mackenzie* n'a pas écarté pas la possibilité qu'un arrêt des procédures pourrait être ordonné si la violation des droits linguistiques était intentionnelle et systémique, mais cette question n'a pas été soulevée par M. Vaillancourt[36]. À tout événement, l'argument fondé sur les articles 16 et 19 de la *Charte* était superflu, puisque la violation de l'article 11b) de la *Charte*, tel que dans le cas de *Jordan*, permettait d'ordonner un arrêt des procédures.

e) L'application de la mesure transitoire

Enfin, le juge Ouellette a dû examiner la question de l'application de la mesure transitoire. Comme détaillé plus haut, les faits de cette affaire se sont produits avant que le jugement *Jordan* n'ait été rendu, et donc le juge Ouellette devait déterminer si le délai était justifié au regard de la mesure transitoire. Le cadre analytique établi par l'affaire *Morin* exigeait que l'on tienne compte de la longueur du délai, de

---

31 *Vaillancourt, supra* note 3 au para 46.

32 L'article 16 de la *Charte* se lit comme suit : « (1) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada ; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada ; (3) La présente charte ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais. »

33 L'article 19 de la *Charte* se lit comme suit : « (1) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux établis par le Parlement et dans tous les actes de procédure qui en découlent ».

34 L'article 24 (1) de la *Charte* se lit comme suit : « Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ».

35 *R c Mackenzie*, 2013 CSC 50, [2013] 3 RCS 250.

36 *Vaillancourt, supra* note 3 au para 42.

l'abandon de certaines périodes dans le calcul par l'accusé, des raisons du retard et du préjudice subi par l'intimé lorsqu'il fallait juger si un délai était raisonnable[37].

Le juge Ouellette a conclu que le délai n'était pas raisonnable[38]. En l'espèce, le délai était de 32 mois, M. Vaillancourt n'a renoncé à aucune période, et il n'a aucunement contribué aux délais. Dès qu'il a été informé de son droit de subir son procès en français, M. Vaillancourt n'a pas tardé de faire connaître sa demande au nom du paragraphe 530 (4) du *Code criminel*. De plus, il s'était assuré de retenir les services d'une avocate capable de procéder en français et aux dates originalement prévues pour le procès. Par ailleurs, les délais entraînés par le manque de ressources bilingues nécessaires du ministère public sont des délais « institutionnels » au sens de l'arrêt *Morin* et ne sont donc pas justifiés. Finalement, M. Vaillancourt a subi un préjudice réel en raison du délai, ainsi que du manque de protection de ses droits.

4) Conclusion

Il est encore trop tôt pour évaluer la portée de l'application de la décision *Jordan* aux délais liés à l'évocation des droits linguistiques de l'accusé, étant donné que *Vaillancourt* est l'unique jugement ayant été rendu sur cette question et ne lie pas les tribunaux des autres provinces. Mais pour sa part, cette décision indique que le ministère public ne peut se servir d'un manque de ressources en français ou de toute autre circonstance raisonnablement évitable ou prévisible pour justifier le retard d'une procédure. Il revient, somme toute, au gouvernement de garantir que les infrastructures sont bilingues, de manière à assurer une égalité des deux langues officielles et à éviter les délais contraires à l'alinéa 11b) de la *Charte*[39]. Une demande faite en vertu de l'article 530 du *Code criminel* ne modifie aucunement cet impératif.

---

37 *Morin, supra* note 14 au para 31.
38 *Vaillancourt, supra* note 3 au para 62.
39 *Ibid* au para 39.