

Les Cahiers de droit



La valeur juridique du projet de loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick

Michel Bastarache

Volume 22, Number 2, 1981

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042444ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042444ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bastarache, M. (1981). La valeur juridique du projet de loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick. *Les Cahiers de droit*, 22(2), 455–471. <https://doi.org/10.7202/042444ar>

Article abstract

The principles that an *Act Recognizing the Equality of the Two Official Linguistic Communities in New Brunswick* would incorporate in the laws would be better put in the preamble to a constitution, because of their symbolic and educational value. They comprise two possible fundamental protections : the first is protection against discrimination (or the entrenchment of formal equality) ; the second is protection against assimilation (or resultant equality). It is this second objective which stresses the need for the recognition of collective rights in New Brunswick, such as the right to distinct social, educational and cultural institutions and, by implication, the need for the most advanced form of autonomy possible for each distinct linguistic community.

One may wonder whether the Act gives the courts of New Brunswick a clear enough indication of the objectives of the Legislature to allow them to put aside the restrictive concept of equality developed in the interpretation of human rights legislation in Canada ?

It would seem that the preamble to the Act limits its purpose to a declaration of principle. This legislative intent is best demonstrated by the fact that no section giving a right of action to citizens is included. The Act also has some very important limitations that result from various difficulties of interpretation. These difficulties are enhanced by the fact that the Act itself is not constitutional in nature.

Section 1 borrows its language from Section 2 of the *Official Languages Act of Canada*, this section having been interpreted in a positive but uncertain way in *Air Canada v. Joyal*. Given the fact that the purpose of the Act, as set out in the preamble, is to create a set of political principles for the government of New Brunswick, it is difficult to see where it could be given a wider interpretation than the Canadian Bill of Rights with regard to the term « equality ». Whatever success was obtained in the courts has depended on the fact that the rights set out were in each instance very clear.

Section 2 is the most difficult to understand because it gives no indication as to the means through which the government of New Brunswick is to ensure equality between the linguistic communities. The reference to distinct institutions is extremely uncertain and could only be given some legal force if the courts were to recognize that they have the duty to determine the true meaning of the section in a discretionary manner. But here the Act does not provide for any sanction and reflects the intention of creating declaratory legislation only.

Section 3 is more or less a declaration of intent.

The problem raised by the adoption of Acts of a declaratory nature was raised last year in the *Forest* case. The difficulty is that the declaratory judgment does not generally constitute an order given to the government or the Legislature to act in a specific way. In the United States, the Courts of Equity found that they could take into consideration the common interest in deciding whether there were obstacles to a mandatory order resulting from the application of declaratory legislation. In Canada, the courts have been very timid.

One might ask whether the Act is likely to bring about a better understanding between the two linguistic communities of New Brunswick. Politically, it is obvious that the Act will not provide a true framework for political change. Legally, it can be said without doubt that the Act will not create any rights or bring about an era of judicial interventionism. However, even an implicit adoption of the concept of collective rights could mark a turning point in the relationship between the two linguistic communities in New Brunswick.

La valeur juridique du projet de loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick

Michel BASTARACHE *

The principles that an Act Recognizing the Equality of the Two Official Linguistic Communities in New Brunswick would incorporate in the laws would be better put in the preamble to a constitution, because of their symbolic and educational value. They comprise two possible fundamental protections: the first is protection against discrimination (or the entrenchment of formal equality); the second is protection against assimilation (or resultant equality). It is this second objective which stresses the need for the recognition of collective rights in New Brunswick, such as the right to distinct social, educational and cultural institutions and, by implication, the need for the most advanced form of autonomy possible for each distinct linguistic community.

One may wonder whether the Act gives the courts of New Brunswick a clear enough indication of the objectives of the Legislature to allow them to put aside the restrictive concept of equality developed in the interpretation of human rights legislation in Canada?

It would seem that the preamble to the Act limits its purpose to a declaration of principle. This legislative intent is best demonstrated by the fact that no section giving a right of action to citizens is included. The Act also has some very important limitations that result from various difficulties of interpretation. These difficulties are enhanced by the fact that the Act itself is not constitutional in nature.

Section 1 borrows its language from Section 2 of the Official Languages Act of Canada, this section having been interpreted in a positive but uncertain way in Air Canada v. Joyal. Given the fact that the purpose of the Act, as set out in the preamble, is to create a set of political principles for the government of New Brunswick, it is difficult to see where it could be given a wider interpretation than the Canadian Bill of Rights with regard to the term «equality». Whatever success was obtained in the courts has depended on the fact that the rights set out were in each instance very clear.

* Avocat et doyen de l'École de droit de l'Université de Moncton.

Section 2 is the most difficult to understand because it gives no indication as to the means through which the government of New Brunswick is to ensure equality between the linguistic communities. The reference to distinct institutions is extremely uncertain and could only be given some legal force if the courts were to recognize that they have the duty to determine the true meaning of the section in a discretionary manner. But here the Act does not provide for any sanction and reflects the intention of creating declaratory legislation only.

Section 3 is more or less a declaration of intent.

The problem raised by the adoption of Acts of a declaratory nature was raised last year in the Forest case. The difficulty is that the declaratory judgment does not generally constitute an order given to the government or the Legislature to act in a specific way. In the United States, the Courts of Equity found that they could take into consideration the common interest in deciding whether there were obstacles to a mandatory order resulting from the application of declaratory legislation. In Canada, the courts have been very timid.

One might ask whether the Act is likely to bring about a better understanding between the two linguistic communities of New Brunswick. Politically, it is obvious that the Act will not provide a true framework for political change. Legally, it can be said without doubt that the Act will not create any rights or bring about an era of judicial interventionism. However, even an implicit adoption of the concept of collective rights could mark a turning point in the relationship between the two linguistic communities in New Brunswick.

	<i>Pages</i>
Introduction	457
1. Le contenu du projet de loi	459
2. Le caractère exécutoire du projet de loi 84	464
Conclusion	469
Annexe: Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick	470

Introduction

Le récent projet de loi sur l'égalité des communautés linguistiques au Nouveau-Brunswick¹ a été accueilli au Québec et en Ontario comme une étape importante dans la lutte que mènent les Acadiens, depuis la déportation de 1755, pour leur affranchissement juridique et politique²; pourtant, les média des Maritimes restaient muets sur cette question durant près de cinq mois. Chez les Acadiens eux-mêmes, il semble que cette réserve et cette pointe de cynisme résultent largement du fait que le profil linguistique de la Fonction publique du Nouveau-Brunswick³, publié au printemps de 1980, a montré que l'on est souvent long à passer de la parole aux actes en politique et aussi du fait que les récentes luttes scolaires sont loin d'être oubliées. Par ailleurs, l'affaire Forest⁴ a illustré encore récemment combien illusoires les protections juridiques peuvent être lorsqu'elles ne sont pas accompagnées d'une volonté politique qui s'exprime de façon non équivoque. Nonobstant le caractère politique des revendications nationalistes actuelles au Nouveau-Brunswick, certains pensent que le texte du projet de loi 84 pourrait avoir une influence considérable; aussi est-il important d'en examiner ici le contenu et le caractère exécutoire d'un point de vue juridique.

Il est intéressant de constater, en début d'analyse, le caractère très particulier (dans le contexte nord-américain du moins) du projet de loi 84. Ses dispositions ont nettement pour objet d'affirmer des principes que l'on verrait bien dans le préambule d'une constitution provinciale et qui ont une valeur symbolique et éducative importante, mais qui n'ont pas beaucoup de parenté avec les termes employés dans les lois fondamentales actuellement en vigueur, qu'il s'agisse de la *Déclaration canadienne des droits* ou de la *Loi sur les langues officielles du Canada*.

Le projet vise deux protections distinctes : en premier lieu, la protection contre la discrimination (ou l'égalité formelle), laquelle suppose le respect des droits fondamentaux et la reconnaissance de prérogatives tel le libre usage de la langue maternelle; en deuxième lieu, la protection contre l'assimilation (ou l'égalité réelle), laquelle vise les droits collectifs, tels le droit à des institutions scolaires, sociales et culturelles distinctes et la plus grande

-
1. *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*, 2^e session, 49^e Législature, Nouveau-Brunswick, 29 Éliz. II, 1980; voir le texte en appendice.
 2. *Le Devoir*, 18 juillet 1980, p. 5; *La Presse*, 21 juillet 1980, p. A-4; *The Gazette*, 22 juillet 1980, p. 6; *Le Droit*, 22 juillet 1980, p. 7; *The Globe and Mail*, 22 juillet 1980, p. 8; *Le Soleil*, 23 juillet 1980, p. A-6.
 3. Direction des langues officielles, Secrétariat du Cabinet, mars 1980.
 4. *Procureur général du Manitoba c. Forest*, [1979], 2 R.C.S. 1032.

autonomie réalisable pour chaque communauté protégée. Cette deuxième protection s'apparente, jusqu'à un certain point, à certaines protections internationales issues de traités de paix, traités spéciaux, déclarations unilatérales et échanges de notes patronnés par la Société des Nations⁵.

Les objectifs du système de la S.D.N., décrits par la Cour permanente de justice internationale elle-même, étaient les suivants :

Tout d'abord, assurer que les ressortissants appartenant à des minorités de race, de religion ou de langue se trouvent, à tous points de vue, sur un pied de parfaite égalité avec les autres ressortissants de l'État. En second lieu, assurer aux groupes minoritaires des moyens appropriés pour la conservation des caractères ethniques, des traditions et de la physionomie nationale.⁶

Il s'ensuit que le système de la Société des Nations visait essentiellement à établir des droits collectifs, lesquels constituaient davantage que des privilèges, des droits compatibles avec le principe général de l'égalité devant la loi⁷. La déclaration des Nations Unies dans la *Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale*, adoptée par l'Assemblée générale le 21 décembre 1965, réitère cette position de principe⁸.

Si les termes du projet de loi 84 trouvent difficilement leur équivalent ailleurs, c'est justement parce que le modèle de protection patronné par la S.D.N. fut détruit par la déstabilisation politique en Europe centrale avant la deuxième guerre mondiale et l'impossibilité de faire fonctionner un système d'appel direct à un organisme international en cas de discrimination ; c'est aussi parce que les garanties linguistiques accordées étaient généralement trop restreintes au début du siècle et qu'elles se sont perdues dans les conflits provoqués par les minorités en vue d'obtenir une plus grande autonomie locale⁹.

Les échecs sus-mentionnés ne signifient pas cependant que l'expérience du début du siècle n'est pas riche en enseignements. De fait l'O.N.U., elle-même inquiète du sort réservé aux minorités à une époque où priment les droits individuels, a commandité une importante étude de cette question, étude qui sera conduite sous l'égide de la Sous-Commission pour la lutte

5. Yves DE MONTIGNY, « L'O.N.U. et la protection internationale des minorités depuis 1945 », (1978) 13 *R.J.T.* 389.

6. *Avis du 6 avril 1935 sur les écoles minoritaires en Albanie*, Cour permanente de justice internationale, Série A/B, n° 64, p. 17.

7. Y. DINSTEIN, « Collective Human Rights of Peoples and Minorities », (1976) 25 *Int. Comp. L.Q.* 102.

8. Art. 1(4), 2(2).

9. *Study of the Legal Validity of the Undertakings Concerning Minorities*: ONU, EICN 41367, 7 avril 1950.

contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités¹⁰. L'étude, qui date de 1977¹¹, doit servir de base à une nouvelle convention ; elle veut d'ailleurs élargir la notion de minorité en ne qualifiant pas celle-ci en fonction du nombre de ses membres mais en se référant à des « groupes » et en retenant le critère de l'appartenance en fonction de caractéristiques physiques ou historiques. Elle souligne que « l'activité législative et judiciaire ne suffit pas en elle-même ; elle doit être appuyée par des mesures administratives progressistes... »¹² Déjà la *Convention de l'Unesco concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement* garantit le droit aux écoles minoritaires, y compris leur gestion par les membres du groupe minoritaire « sujet à la politique de chaque État en matière d'éducation »¹³ ; de plus, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* du 16 décembre 1966¹⁴ reconnaît maintenant un « intérêt à poursuivre » aux minoritaires devant une instance internationale.

Le projet de loi 84 ne vient donc pas substituer au principe des droits individuels, celui des droits collectifs ; il constitue plutôt une tentative de reconnaissance des droits collectifs trop longtemps refoulés sous l'influence des grands États d'immigration, ces droits devant compléter les droits individuels déjà reconnus. Il est en ce sens novateur et conforme à l'objectif de protection et de promotion des groupes minoritaires dans le monde.

1. Le contenu du projet de loi

Les critiques du projet de loi 84 ont décrié son imprécision, soulevant que l'on ne saurait adopter une déclaration de principes sans savoir où elle doit conduire. Quelles sont les institutions visées à l'article 2 ? Seront-elles totalement autonomes ? S'agit-il d'institutions publiques ou privées ? Qu'est-ce qu'une communauté au sens du projet de loi ? Celui-ci mène-t-il au contingentement des postes dans la Fonction publique provinciale ou à la reconnaissance de régions linguistiques autonomes ? Avant d'aborder ces questions, il y a lieu de s'interroger sur les objectifs généraux du projet de loi.

L'objectif premier du projet de loi paraît être la reconnaissance de l'égalité des deux grandes communautés linguistiques du Nouveau-Brunswick. Or, le concept d'égalité en est un qui est très difficile d'appréciation parce qu'il n'a pas de contenu défini et qu'il trouve un sens différent selon le

10. Voir Rés. 217c(111), Assemblée générale, 10 décembre 1948.

11. Francisco CAPOTORTI, *Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, E/CN.4/Sub.2/384/Add.1-7.

12. *Supra*, note 11, page 94.

13. Convention adoptée le 14 déc. 1960 ; le Canada n'y est pas partie.

14. Entré en vigueur le 23 mars 1976, il fut ratifié par le Canada le 19 mai 1976.

contexte de son utilisation. Ceci revient à dire qu'en général, l'objectif d'égalité se trouve à être défini en fonction d'une autre norme plus susceptible de rendre l'égalité visée conforme à la norme supérieure de justice dans chaque cas.

En effet, une norme, apparemment neutre, appliquée à des sujets exposés à des situations de fait variées peut être grossièrement injuste. Les tribunaux américains en particulier ont reconnu que la législation et l'action administrative neutres peuvent être oppressives pour les minorités; il est clair par exemple que l'égalité des personnes en matière de politiques d'embauche ou d'admission à l'université a contribué largement à maintenir la collectivité noire dans un état d'infériorité sociale et économique aux États-Unis. C'est ainsi qu'on en est venu à considérer l'intention législative dans l'interprétation du « equal rights amendment »¹⁵ et à chercher le « resulting equality » ou l'égalité réelle¹⁶ dans chaque cas donné, plutôt que l'égalité formelle.

Au Canada, l'histoire nous apprend que le conflit entre le concept d'égalité des humains et la diversité des besoins sociaux fondamentaux n'a pas amené nos tribunaux à écarter l'application restrictive de la norme égalitaire. Refusant de juger de l'évolution sociale et de décider de la portée de la norme fondamentale d'égalité, la Cour suprême du Canada a choisi de voir en l'égalité devant la loi la distribution égale en vertu d'une norme uniforme et a de ce fait reconnu la possibilité de discriminer de façon égale contre tous les membres d'un groupe donné¹⁷. Il est donc clair que l'égalité formelle est la seule qui soit sanctionnée par le droit au Canada et que seule la lutte contre la discrimination entre les individus a été entreprise au pays. La plupart des pays du monde ont agi dans le même sens¹⁸.

Par conséquent, si le Nouveau-Brunswick vise à assurer une reconnaissance officielle aux groupes linguistiques et à reconnaître le devoir des autorités publiques d'assurer l'égalité réelle ou de fait de ceux-ci, il y a certes lieu pour lui de légiférer à cette fin. Peut-on affirmer que le projet de loi 84 fournit aux tribunaux une indication assez claire de l'objectif visé pour leur

15. *Washington c. Davis*, (1976) 426 U.S. 229.

16. « Greater resultant equality »; voir sur ce point J. STONE, « Equal protection and the search for justice », (1980) 22 *Arizona L.R.* 1, et P.J. MISHKIN, « Equality », (1980) 43 *Law and Contemporary Problems*, 57.

17. *Procureur général du Canada c. Lavell et al.* [1974] R.C.S. 1349; *Procureur général du Canada et al. c. F. Canard et al.* [1976] R.C.S. 170; sur ce point, D. PROULX, « Égalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne: étude comparative », (1980) 10 *RDUS* 381.

18. M. BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976.

permettre d'écarter l'application restrictive du concept d'égalité au Nouveau-Brunswick, voilà toute la question.

S'il est vrai que le texte est imprécis, il faut néanmoins attacher une certaine importance à la référence au principe des « mesures positives »^{18b}, celle-ci pouvant constituer une acceptation, de principe au moins, de l'approche des tribunaux américains dans l'interprétation de la norme égalitaire. Il faut dès lors déterminer s'il existe au Nouveau-Brunswick une norme égalitaire qui a la valeur du « equal rights amendment » et si les articles 1 et 2 du projet de loi 84 peuvent constituer une telle règle. Bien que la réponse dépende du rôle que se reconnaissent les tribunaux dans ce domaine, je crois qu'il faut répondre que seul un tribunal très avant-gardiste pourrait trouver dans le projet de loi l'autorité d'agir, au motif que toute loi doit être interprétée de façon à être créatrice de droits si cela est possible¹⁹. Il n'est certainement pas évident que nous avons au Nouveau-Brunswick un tribunal de cette nature.

La formulation du préambule du projet de loi offre la possibilité de soutenir qu'il limite la portée de la loi à une « déclaration de principes » et à la création d'un « cadre d'action », cet argument étant supporté par l'absence d'un article reconnaissant un droit d'action au citoyen lésé. Cette ambiguïté qui résulte d'une double possibilité d'interprétation indique la nécessité d'amender le texte pour prévoir spécifiquement le droit d'action du membre de la collectivité visée si des droits réels sont créés; sous ce rapport, si l'intérêt à poursuivre des personnes physiques est bien établi depuis les arrêts *McNeil* et *Thorson*²⁰, il paraîtrait utile d'établir aussi celui des associations et des institutions représentatives desdites communautés. Cet ajout n'aura cependant de sens que dans la mesure où des obligations beaucoup plus précises seront prévues dans le dispositif du projet de loi.

Il pourrait de plus se présenter quelques problèmes d'interprétation; la portée du projet de loi se verrait limitée en raison du fait que les droits qui y sont prévus ne sont pas de nature constitutionnelle. Déjà dans l'arrêt *Drybones*, le juge en chef Laskin tentait de contourner cette difficulté relativement à la *Déclaration canadienne des droits* en invoquant son caractère quasi-constitutionnel²¹. L'importance du caractère constitutionnel touche surtout à la primauté de la norme constitutionnelle sur la norme législative ordinaire, mais elle peut aussi avoir une influence sur la portée que

18b. Ce terme aurait dû être rendu en anglais par « affirmative action ».

19. *Orpen c. Roberts*, [1925] R.C.S. 364, 370.

20. *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265; *Thorson c. Le Procureur général du Canada et autres*, n° 2, [1975] 1 R.C.S. 138.

21. R. c. *Drybones*, [1970] R.C.S. 282; voir aussi le jugement du juge en chef Laskin dans *Hogan c. La Reine*, [1975] R.C.S. 574, à la page 597.

voudront lui donner les juges, comme en témoigne la jurisprudence américaine. Ces constatations mettent en relief le bien-fondé des interventions visant à amener le gouvernement du Nouveau-Brunswick à proposer l'adoption d'une constitution provinciale écrite à laquelle serait incorporé le projet de loi 84 ; à défaut de ce faire, il y aurait lieu d'ajouter au projet de loi une disposition établissant sa primauté sur toute autre loi provinciale, notamment si le recours aux tribunaux doit être envisagé.

Quelques personnes ont soulevé la difficulté inhérente au choix du vocabulaire adopté par le législateur dans le projet de loi 84, notamment en ce qui a trait aux communautés linguistiques. Certains auraient voulu y lire la reconnaissance du principe (politique) des peuples fondateurs. Le choix qui a été fait paraît néanmoins judicieux, car il serait bien difficile d'établir son appartenance à un « peuple acadien » ou « néo-brunswickois anglophone ». Les critères historiques, culturels et sociaux auraient alors dû entrer en ligne de compte et jamais on n'aurait pu solutionner les problèmes que n'auraient pas manqué de soulever bon nombre de citoyens du Madawaska ou de nouveaux venus d'origine étrangère. L'important, c'était de préserver la primauté du critère linguistique et d'éviter l'opposition majorité/minorité. Il y a lieu de souligner aussi une difficulté dans l'interprétation du deuxième paragraphe du préambule du projet de loi, difficulté qui résulte du conflit apparent entre les termes anglais « ability » et français « possibilité ». Il semble que l'objet du projet de loi soit mieux rendu ici par la version anglaise.

Quant au libellé du dispositif du projet de loi, il présente certaines difficultés si l'on veut que celui-ci soit créateur de droits véritables pour les citoyens du Nouveau-Brunswick. L'article premier reprend en effet la formulation de la *Loi sur les langues officielles du Canada*²², qui a reçu une interprétation positive, mais encore très incertaine, dans l'arrêt *Joyal*²³. Il est difficile de prévoir quelle valeur juridique voudront lui attacher les tribunaux, notamment si le préambule demeure aussi fortement axé sur la notion de principes de conduite politique et si les articles qui suivent n'indiquent pas les moyens de réaliser l'égalité reconnue à l'article premier. On peut cependant espérer que le concept d'égalité recevra une interprétation plus large que celle que nous avons décrite en rapport avec la *Déclaration canadienne des droits*, compte tenu des engagements pris aux termes des articles 2 et 3 et en particulier de la mention spécifique des « mesures positives ». L'espoir n'est pas très grand, toutefois, car les mesures dont il est question ne se rapportent pas à une obligation d'agir clairement définie, mais

22. S.R.C. 1970, c.0-1.

23. *Serge Joyal et autres c. Air Canada et Procureur général du Canada et autres*, [1976] C.S. 1211 ; nous reviendrons sur cette question en deuxième partie de notre analyse.

à des « encouragements ». Au Canada, les succès relatifs obtenus l'ont été dans des domaines où les droits et devoirs étaient clairement définis.

L'article 2 est certainement celui qui soulève le plus de difficultés parce qu'il ne définit aucunement les moyens par lesquels le gouvernement doit assurer l'égalité des communautés linguistiques et qu'il se réfère à des institutions culturelles, pédagogiques^{23b} et sociales distinctes, sans préciser quelles sont ces institutions ou quel sera leur degré d'autonomie. Un libellé aussi vague ne peut avoir une portée juridique importante que si les tribunaux se reconnaissent le devoir de décider eux-mêmes du contenu de l'article ; or ceci risque de ne pas se produire si la norme juridique prévue ici n'est assortie d'aucune sanction et reflète clairement l'intention de créer une loi déclaratoire. Il serait certainement possible aussi pour le législateur de déroger par une loi particulière au principe énoncé dans le texte actuel²⁴. Nous voyons donc difficilement comment un citoyen pourrait intervenir auprès des tribunaux pour contester une décision administrative qui serait contraire au principe établi à l'article 2, dans la mesure où celui-ci a essentiellement un contenu politique.

L'article 3 constitue essentiellement une déclaration d'intention ou une indication des moyens qu'entend prendre l'administration provinciale pour encourager le développement des deux communautés linguistiques. Il paraît d'abord y avoir un conflit entre les versions française et anglaise du texte : le texte anglais est certes plus contraignant et traduit mieux la volonté exprimée par le parrain du projet de loi, monsieur Jean-Maurice Simard. Les interventions du premier ministre Hatfield devant le Comité d'amendement des lois, le 4 mars 1981, indiquent clairement que l'intention du gouvernement est de créer une norme impérative ; or les mots anglais : « shall... take positive actions to promote » sont bien plus contraignants que les mots français « encourage par des mesures positives... » La valeur du projet pourrait résider dans le support qu'on donnera à l'interprétation large et évolutive du principe d'égalité ; mais si le projet crée seulement un cadre d'action pour l'avenir, il ne saurait ouvrir la voie aux tribunaux pour ordonner l'exécution de certaines obligations d'agir. Nous discuterons plus loin de l'important précédent que constitue l'affaire *Joyal*²⁵ en cette matière, cas dans lequel la cour a donné un délai spécifique à Air Canada pour traduire les manuels qu'il mettait à la disposition de ses pilotes au Québec ;

23b. Je voudrais souligner ici que le choix du terme « pédagogique » est malheureux parce que trop restrictif ; il vaudrait mieux dire « scolaires ».

24. Comme cela fut le cas relativement à la *Loi sur les Indiens* ; voir I.F. KELLY, « The Bill of Rights, the Indian Act, and Equality before the Law : the Need for, and the Development of, a "Reasonableness" Test », (1974) 2 *Queen's L. J.* 151.

25. *Supra*, note 23.

précisons pour le moment que le tribunal examinait dans ce cas comment Air Canada s'était conformée à une obligation très précise.

Le projet de loi 84 est difficile à juger sans que l'on fasse aussi référence aux omissions que plusieurs ont signalées. Nous avons parlé de la reconnaissance du droit d'action et de la primauté, mais il y a bien plus. Le projet aurait en effet pu compléter la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*²⁶ de façon efficace s'il s'était référé aux objectifs du bilinguisme qui sont passés sous silence par celle-ci, à savoir le droit de travailler dans sa langue à l'intérieur de la Fonction publique provinciale et le droit des francophones à une représentation équitable au sein de cette même Fonction publique. Le projet de loi aurait donc pu contenir un article sur la Fonction publique. Dans le domaine scolaire, il est clair que les droits reconnus aux termes de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick* sont insatisfaisants et qu'un article précisant la portée de l'article 2 de cette loi sous ce rapport aurait été tout indiqué. Quant aux institutions visées par la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, on sait que celles-ci ne comprennent ni les municipalités, ni les hôpitaux, ni les entreprises parapubliques; l'occasion était ici donnée au législateur d'élargir le champ de protection.

Si le projet de loi ne devait constituer qu'une déclaration de principes, il y aurait eu place aussi pour la reconnaissance des droits sociaux et économiques aujourd'hui reconnus par les conventions internationales, de même que des libertés fondamentales de notre société démocratique.

Il paraît donc essentiel de clarifier l'intention véritable du législateur avant de proposer des amendements précis. Le texte actuel se prête à diverses interprétations et peut constituer pour cette raison une illusion pour la collectivité acadienne ou, de façon moins certaine encore, un engagement insoupçonné pour les pouvoirs publics. Il serait néanmoins assez surprenant que le gouvernement actuel se croit lié par un texte de loi tel que celui-ci, compte tenu du fait qu'aucune mesure n'a été annoncée pour en assurer l'application jusqu'à ce jour.

2. Le caractère exécutoire du projet de loi 84

Nous avons déjà fait allusion en première partie aux difficultés d'application particulières que présentent les lois qui ne prévoient pas de sanctions pour les contrevenants et qui sont rédigées dans un style déclaratoire. Ce problème a été soulevé en 1980 relativement au jugement de la Cour suprême

26. L.R.N.-B. 1973, c.0-1.

du Canada dans l'affaire *Forest* ²⁷ ; ce jugement ne prévoyait aucune sanction à l'encontre d'une loi du Manitoba qui contrevenait aux dispositions constitutionnelles ²⁸ liant le Manitoba en matière linguistique. La difficulté résulte du fait que le jugement déclaratoire ne constitue pas normalement un ordre d'agir dans un sens précis, comme l'a souligné le juge en chef Friedman de la Cour d'appel du Manitoba. Cette règle n'est cependant pas absolue puisque, dans les cas où les difficultés pratiques ne sont pas insurmontables, il peut en être autrement. Conscient de ceci, le Québec ne tarda pas à agir après le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Blaikie*.

Dans l'ensemble, le jugement déclaratoire présente cependant des difficultés sérieuses. Il n'est pas sans intérêt de souligner sur ce plan qu'après sa victoire en première instance, monsieur Forest s'est encore vu refuser l'accès aux tribunaux supérieurs en français, en dépit de la directive du juge en chef Friedman au registraire de la Cour d'appel du Manitoba, spécifiant même que le jugement de la Cour de comté ne lui était pas opposable ²⁹. À cet égard, compte tenu notamment de l'imprécision du jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Forest*, il faut souligner l'importance de la déclaration suivante du juge Friedman :

It does not follow, however, that a failure to comply with the provisions of s. 133 or s. 23 has the effect of rendering the statutes invalid. British law draws a clear distinction between directory and mandatory statutes, and a further distinction between those mandatory statutes that result in nullities and those mandatory statutes that result in irregularities. ³⁰

Le juge en chef se référait alors à la doctrine de *common law* susdite, qui est acceptée au Canada ³¹, mais qui est marquée par la discrétion très importante dont disposent les tribunaux pour décider si une loi est impérative ou déclaratoire ³². Cette règle fondamentale n'autorisera pas toujours le contre-

27. *Forest c. Procureur général du Manitoba* (1980) 98 D.L.R. (3d) 405, 423. Le juge en chef Deschênes avait aussi porté attention aux difficultés d'application de certaines dispositions de la loi 101 du Québec en rendant son jugement dans *Blaikie c. Le Procureur général de la Province de Québec*, [1978] C.S. 3, 49, bien qu'il considérait que celles-ci ne devaient pas influencer le résultat de l'affaire.

28. *Acte du Manitoba*, chap. 14 ; voir sur ce point J. MAGNET, « Validity of Manitoba Laws after Forest : What is to be done ? » (1980) 3 *Man. L.J.* 241, et R. KERR, « Blaikie and Forest : The Declaratory Action as a Remedy against Unconstitutional Legislation » (1980) 26 *McGill L.J.* 97.

29. Voir R. KERR, *supra*, note 28, p. 106.

30. *Supra*, note 27, p. 423.

31. *Re South Oxford Prov. Election : Mayberry c. Sinclair* (1914) 32 O.L.R. 1, 9 (C.A.).

32. Voir J. MAGNET, *supra*, note 22, p. 247 ; à noter aussi ce passage de la décision de la Cour suprême au Canada dans *Thorson c. P.G. du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, 151 : « Elle (la Loi sur les langues officielles) est à la fois déclaratoire et exécutoire relativement à l'usage du français et de l'anglais par les organes et organisations fédéraux... »

venant à continuer d'agir illégalement ; si aucun obstacle majeur ne limite la liberté de la cour d'intervenir³³, elle pourra intervenir. C'est d'ailleurs le message de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *McNeil* lorsqu'elle affirme, parlant de la distinction entre législation normative et législation déclaratoire :

It was not a distinction that could be controlling, especially in the light of the reserve of discretion of the Court, and more especially because the word or the term « regulatory » is not a term of art, not one susceptible of an invariable meaning...³⁴

On ne saurait se référer aux pouvoirs de la cour dans ce domaine sans aussi faire appel aux nombreuses causes américaines qui ont permis de contourner la seule sanction négative dans ce domaine (la déclaration d'inconstitutionnalité) et rappeler que les tribunaux d'*Équité* ont le droit de prendre en considération l'intérêt général pour éliminer les obstacles à l'application de la loi déclaratoire³⁵. Aux États-Unis, on est allé très loin en ce sens³⁶. Au Canada les tribunaux ont été très timides sur ce plan ; seule l'affaire *Joyal*³⁷, aux termes de laquelle un délai spécifique a été accordé à Air Canada pour se conformer à une ordonnance de la cour, semble constituer un précédent valable.

L'arrêt *Joyal* est très significatif dans notre analyse à divers titres. Soulignons d'abord qu'au niveau de la Cour supérieure, le juge Deschênes a donné une interprétation positive à l'article 2 de la *Loi sur les langues officielles* du Canada, article dont le libellé a été emprunté par les rédacteurs du projet de loi 84. L'article en question était en fait susceptible de deux interprétations, la première soumettant le principe d'égalité qui y est consacré aux limites prévues aux autres articles de la loi, l'autre donnant à l'article 2 une portée juridique véritable indépendamment des autres articles de la loi. Le juge Deschênes s'exprima ainsi :

L'article 2 du chapitre 0-2 va en effet plus loin que l'article 1 de la loi 22 et l'explication s'en trouve sans doute dans la situation radicalement différente que chaque loi envisage de régler. Le Parlement ne pouvait s'arrêter à sa déclaration de principe concernant le statut officiel de l'anglais et du français au Canada ; il lui fallait immédiatement en prévoir les résultats tangibles et ancrer ce statut dans la réalité canadienne. De là suit la conclusion concrète du principe : « elles (les deux langues officielles) ont un statut, des droits et des

33. *R. c. Goertzen et Goertzen*, [1949] 2 W.W.R. 1208 ; un règlement non publié fut déclaré invalide dans ce cas. Voir aussi, dans le sens contraire : *R. c. Sheer Metaloeugt*, [1959] 1 Q.B. 586 ; *Santa Clara v. Hudson*, [1978] 6 W.W.R. 124 (Sask.).

34. *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil* (1975) 55 D.L.R. 632, 635.

35. *Brown c. Board of Education* (Brown II) (1955) 349 U.S. 24, 300, Warren J.

36. *Supra*, note 16.

37. *Supra*, note 25.

privilèges égaux quant à leur emploi dans toutes les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada.³⁸

Cette opinion a cependant été ignorée par le juge Marceau de la Cour fédérale du Canada dans la cause *Association des gens de l'air du Québec Inc. c. l'honorable Otto Lang*³⁹. Tout en reconnaissant que l'article 2 de la loi fédérale est plus que l'expression d'un vœu pieux ou d'une déclaration de principes platonique et sans conséquence, et tout en se disant prêt à entériner la conclusion du juge Deschênes que cette disposition d'égalité dans le chapitre 0-2 « enraine déjà le principe des langues officielles dans le terroir de notre pays et lui donne sa consécration dans les faits », le juge Marceau souligne que l'article en question doit se lire dans le contexte de l'ensemble de la loi :

Il constitue, à mon avis, une « déclaration de statut », qu'on ne saurait formuler avec plus de vigueur mais qui demeure introductive. Les conséquences à en tirer, le Parlement les exprime dans les articles qui suivent, et c'est ainsi notamment qu'il définit à partir de l'article 9 les « devoirs » qu'il impose aux ministères, départements et organismes du gouvernement du Canada, pour donner effet à sa « déclaration de statut ».⁴⁰

Les trois juges de la division d'appel de la Cour fédérale ont confirmé à l'unanimité les conclusions du juge Marceau mais n'ont pas entériné au complet ses propos au sujet de l'effet de l'article 2 ; le juge Pratte était en fait le seul à abonder dans le même sens que le juge Marceau. Le juge LeDain, appuyé du juge suppléant Hyde, s'approche davantage de l'interprétation du juge Deschênes dans l'affaire *Joyal*. Il s'exprime ainsi :

Suivant mon interprétation de l'article 2, celui-ci est plus qu'une simple déclaration de principe ou l'expression d'un but ou d'un idéal général. Il est par rapport à la *Loi sur les langues officielles* dans son ensemble l'expression de l'esprit principal de la loi auquel d'autres dispositions de la Loi se réfèrent — mais il est également l'affirmation du statut officiel des deux langues et du droit strict d'employer le français, tout comme l'anglais, dans les institutions du gouvernement fédéral. D'autres articles de la Loi, tels que les articles 9 et 10, réglementent les modalités d'application afin d'en faire un droit effectif et non une réalité pratique... À mon humble avis, l'article 2 est... plus qu'une simple disposition introductive, il est plutôt le fondement juridique de l'emploi du français, comme de l'anglais, dans la fonction publique du Canada, que ce soit comme fonctionnaire ou comme membre du public traitant avec lui⁴¹.

Aucun appel de ces décisions n'a été entendu par la Cour suprême du Canada. Pour sa part, le Commissaire aux langues officielles, Monsieur Max

38. [1976] C.S. 1211, 1215.

39. (1977) 76 D.L.R., (3d) 455.

40. [1977] 2 C.F. 22, 34 et 35.

41. [1978] 2 C.F. 379-380.

Yalden, a déploré le refus du gouvernement fédéral de clarifier par une modification à la Loi la question de l'effet de l'article 2⁴².

L'arrêt *Joyal* est également important parce qu'il permet de faire le point sur la question du droit de faire appel aux tribunaux dans le cas d'une loi qui ne prévoit pas de sanction. Le juge Deschênes déclare à ce sujet :

Quel que soit l'aspect sous lequel on l'envisage, la Cour est d'opinion que le chapitre 0-2 possède, en son article 2, un fondement tout à fait approprié pour asseoir un recours en droit commun de la nature de celui que les demandeurs exercent [l'injonction, en l'occurrence].⁴³

Cette décision devait d'ailleurs être liée au rejet de l'argument avancé par Air Canada à l'effet que le recours au Commissaire aux langues officielles⁴⁴ avait pour effet d'abroger le pouvoir de surveillance traditionnel des tribunaux. Ce pouvoir ne peut en effet être exclu de façon implicite⁴⁵.

L'arrêt *Joyal* est enfin celui qui a accordé une ordonnance forçant Air Canada à traduire des documents, même si cela devait coûter très cher, et qui a fixé un délai de deux ans pour remplir cette obligation⁴⁶. Quelques jours après, la Cour d'appel⁴⁷ a refusé de suspendre provisoirement cette injonction pendant la durée des procédures d'appel au mérite. Un délai supplémentaire fut accordé en 1978 par le juge Barbeau⁴⁸.

Si l'on considère maintenant le texte du projet de loi 84, l'on doit conclure que son caractère exécutoire n'est pas évident. Ceci va dépendre, comme le disait le juge Duff dans l'arrêt *Orpen c. Roberts*⁴⁹, de l'objet et des dispositions de la loi dans son ensemble et plus particulièrement de l'interprétation donnée à l'article 2, emprunté en partie, nous l'avons dit, à la *Loi sur les langues officielles*. Il est toutefois possible, comme nous l'avons démontré, que le tribunal saisisse l'occasion qui lui est donnée ici pour agir, même si le recours aux tribunaux n'est pas spécifiquement prévu. La difficulté la plus sérieuse sous ce rapport résidera dans l'imprécision de l'intention législative et des moyens prévus pour sa mise en œuvre; un

42. *Rapport annuel* 1978, p. 12.

43. [1976] C.S. 1211, 1219. (La parenthèse est de l'auteur).

44. *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, c.0-2, art. 19 et 599.

45. *Supra*, note 42, p. 162, 163; voir aussi *Stewart c. Park Manor Motors Ltd* (1968) 66 D.L.R. 143.

46. *Supra*, note 43.

47. *Air Canada c. Serge Joyal et al. et Le Procureur général du Canada et al. mis en cause, et Le procureur général de la Province de Québec, intervenant*, jugement non publié rendu le 22 septembre 1976 et rapporté dans J. DESCHÊNES, *Ainsi parlèrent les tribunaux...*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1980, p. 177.

48. *Idem*, p. 180.

49. *Supra*, note 19.

tribunal canadien aura en effet beaucoup plus de difficulté à se convaincre que ses pouvoirs d'*Équité* créent pour lui une latitude aussi grande pour agir que celle qui a cours aux États-Unis.

Il y a cependant lieu de croire que la cour pourrait évaluer séparément les diverses dispositions du projet de loi et décider de l'exercice de sa discrétion en fonction de chacune de celles-ci. Cette discrétion pourrait l'autoriser à invalider une loi, si une clause de primauté était prévue, ou encore à accorder une injonction avec ou sans conditions, comme cela fut le cas dans l'affaire *Joyal*. Ici encore, il importe cependant de souligner que l'interprétation du projet de loi pourrait vraisemblablement être plus libérale si celui-ci était incorporé à la constitution provinciale et si les droits et devoirs prévus étaient plus précis.

Conclusion

Le projet de loi 84 satisfait-il aux exigences des Acadiens? Au plan politique, il est clair que la réponse doit être négative. Au plan juridique, la même conclusion malheureusement s'impose. Mais dans un cas comme dans l'autre, il faut reconnaître que le projet de loi 84 vise idéalement à étendre les droits reconnus en vertu de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, et que c'est là un objectif louable. Son adoption marquera en ce sens une étape importante dans les rapports entre les deux communautés linguistiques du Nouveau-Brunswick. Mais il est peu probable qu'elle marque le début d'une période d'interventionnisme judiciaire.

On peut se demander enfin si l'approche qu'a choisie le gouvernement actuel est susceptible de mener le Nouveau-Brunswick vers une égalité réelle de ses communautés linguistiques. Le projet de loi pose en effet le problème de la reconnaissance de droits collectifs dans notre société. Il semble que la réponse doive être ici affirmative; le pas franchi sera plus petit que certains l'espèrent, mais il sera valable si l'on tient compte du fait que seule une politique de « discrimination positive » risque d'avoir un impact sur le plan social et que celle-ci est dorénavant envisagée, même si ce n'est pas aussi clairement qu'il le faudrait. Le principe même d'égalité suggère la nécessité de mesures particulières. La réalité nous invite à inscrire dès maintenant ce principe fondamental dans nos constitutions pour guider à la fois les législateurs et les juges, même si les mesures prévues restent insuffisantes.

Il y a certainement lieu aussi de prévoir la création d'organes chargés spécifiquement de contribuer à l'application du principe d'égalité, comme c'est le cas des « comités de liaison » en Autriche et des « conseils culturels » en Belgique, du Comité consultatif des affaires danoises en Allemagne fédérale, de la Commission des affaires lapones en Finlande, du Comité

consultatif national en Hongrie, de l'Instituto National Indigenista au Mexique, du Conseil lapon en Norvège, du Département des affaires maories et insulaires en Nouvelle-Zélande, de la Commission d'intégration nationale aux Philippines, etc.⁵⁰ La fonction d'une commission de ce genre pour le Nouveau-Brunswick serait déterminée en fonction de la portée même des lois qu'elle serait chargée d'appliquer, notamment sur l'égalité des communautés linguistiques officielles et la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*. Si la loi est purement déclaratoire, la Commission ne saurait être qu'un aviseur; si elle est plus contraignante, elle pourra être un genre d'ombudsman ou encore un organisme de mise en œuvre. Il existe au Québec des modèles qu'il serait utile d'étudier sous ce rapport.

Le projet de loi 84 ne peut constituer un substitut à une *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick* améliorée; il marque un premier pas dans le sens d'une redéfinition des rapports entre les deux communautés linguistiques du Nouveau-Brunswick. Espérons que l'orientation qu'il suggère sera clarifiée avant son adoption et qu'un débat pourra être entamé sur cette question fondamentale.

Annexe

Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick

ATTENDU que l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick reconnaît officiellement l'existence de deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick;

ATTENDU que l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick désire reconnaître l'égalité de ces deux communautés linguistiques officielles;

ATTENDU que l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick cherche à accroître les possibilités de chaque communauté linguistique officielle de profiter de son héritage culturel et de le sauvegarder pour les générations à venir;

ATTENDU que l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick désire affirmer et protéger dans ses lois l'égalité de statut et l'égalité des droits et privilèges des communautés linguistiques officielles;

ET ATTENDU que l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick désire enchâsser dans ses lois une déclaration de principe relative à cette égalité de statut et à cette égalité des droits et privilèges qui doit fournir un cadre d'action aux institutions publiques et privées;

50. R. CAPOTORTI, *supra*, note 11, p. 94-97.

À CES CAUSES, Sa Majesté la Reine, sur l'avis et du consentement de l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick, décrète :

1. Reconnaisant le caractère unique du Nouveau-Brunswick, la communauté linguistique française et la communauté linguistique anglaise sont officiellement reconnues dans le contexte d'une seule province à toutes fins auxquelles s'étend l'autorité de la Législature du Nouveau-Brunswick, et l'égalité de statut et l'égalité des droits et privilèges de ces deux communautés sont affirmées.
2. Le gouvernement du Nouveau-Brunswick assure la protection de l'égalité de statut et de l'égalité des droits et privilèges des communautés linguistiques officielles et en particulier de leur droit à ces institutions culturelles, pédagogiques et sociales distinctes.
3. Le gouvernement du Nouveau-Brunswick, dans les mesures législatives qu'il propose, dans la répartition des ressources publiques et dans ses politiques et programmes, encourage, par des mesures positives, le développement culturel, économique, pédagogique et social des communautés linguistiques officielles.
4. La présente loi ou l'une quelconque de ses dispositions entrera en vigueur à la date qui sera fixée par proclamation.