

DOCTRINE

La Cour suprême et l'accès à l'école anglaise au Québec

ANDRÉ BRAËN

Professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

L'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés confère aux parents qualifiés le droit constitutionnel de faire instruire leurs enfants aux niveaux primaire et secondaire dans la langue de la minorité de langue officielle de la province qu'ils habitent. La Cour suprême du Canada a récemment statué à l'encontre de trois pourvois relatifs à l'accès à l'école anglaise au Québec. La Cour devait, entre autres, vérifier si réserver l'accès à l'école anglaise aux seuls ayants droit définis dans la Charte de la langue française ne constituait pas une discrimination illicite à l'endroit des parents de la majorité francophone et donc, contrevenait à leurs droits à l'égalité et si, pour se qualifier, un parent ou un enfant

ABSTRACT

The parents qualified as rights holders under section 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms enjoy the constitutional right to have their children receive primary and secondary school instruction in the language of the linguistic minority. The Supreme Court of Canada recently heard three appeals about entitlement to English language education in Quebec. Inter alia, the court has to determine (i) Whether the Charter of the French Language discriminates between parents who qualify as rights holders and the majority of the French-speaking parents who do not and therefore, violates their equality rights and (ii) Whether in order to qualify the parents or the children had to complete the major

devait avoir reçu en anglais la majeure partie de son enseignement primaire ou secondaire. L'auteur analyse et commente ces décisions et évalue leur impact aux plans québécois et canadien.

part of their instruction in English. The author analyses and comments these decisions and questions their impact on a Quebec and a Canadian level.

SOMMAIRE

Introduction.....	364
I. Rappel.....	368
II. Les décisions de la Cour suprême	373
A. L'arrêt <i>Gosselin</i>	373
B. L'arrêt <i>Solski</i>	376
C. L'arrêt <i>Okwuobi</i>	383
III. Commentaires	385
A. Une neutralité toute judiciaire	385
B. L'immersion	386
C. La légalité et le respect du processus administratif.....	387
D. L'asymétrie linguistique.....	389
E. L'approche qualitative.....	392
F. Le libre choix.....	395
G. L'école privée.....	398
Conclusion	401

INTRODUCTION

1. L'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ confère aux parents qualifiés le droit constitutionnel

1. L'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après *Charte canadienne*) énonce :

« (1) Les citoyens canadiens :

de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité de langue officielle de la province qu'ils habitent. Ces dispositions trouvent application partout au Canada et sont — inutile d'insister — d'une importance vitale pour le maintien et le développement des communautés de langues officielles. Elles ont été l'objet d'un nombre considérable de décisions judiciaires². L'intervention

-
- a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,
 - b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,

ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.

(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.

(3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province :

- a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité;
- b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans les établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics. »

2. Voir : *Commission des Écoles fransaskoises c. Saskatchewan*, [1983] 3 W.W.R. 354; *Re Minority Language Educational Rights*, (1984) 10 D.L.R. (3d) 491; *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66; *Marchand c. The Simcoe County Board of Education*, (1986) 55 O.R. (2d) 638.1; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend The Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Re References Respecting the School Act, P.E.I. and Minority Language Educational Rights*, (1988) 69 Nfld & P.-E.I.R. 236; *Lavoie & al. c. Nova Scotia*, (1989) 91 N.S.R. (2d) 184; *Whittington c. Board of School Trustees of School District N. 63 (Saanich)*, (1988) 44 D.L.R. (4d) 128; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, (1990) 67 D.L.R. (4d) 488; *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Manitoba)*, [1993] 1 R.C.S. 839; *Colin c. Commission d'appel sur la langue d'enseignement*, [1995] R.J.Q. 1478 (C.S.); *Conseil des Écoles séparées catholiques romaines de Dufferin et Peel-Ontario*, [1996] 136 D.L.R. (4d) 704; *Commission scolaire Lakeshore c. Szasz, J.E.*, 96-1877; *Association des parents francophones (C.-B.) c. British Columbia*, (1997) 5 W.W.R. 124; *Conseil scolaire fransaskois de Zénon Park c. Saskatchewan*, (1999) 3 W.W.R. 743 et (1999) 2 W.W.R. 742; *Abbey c. Essex Board of Education*, (1999) 42 O.R. (3d) 481; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3; *Solski c. P.G. Québec*, [2001] R.J.Q. 218 et [2002] R.J.Q. 1285; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3; *East Central Francophone Education Region No 3 c. Alberta*, [2004] A.J. n° 630; *Chubbs et al. c. Terre-Neuve-et-Labrador*, [2004] NLSCTD 84.

des tribunaux a été sollicitée pour préciser l'interprétation séant à l'article 23 et pour identifier les titulaires des droits scolaires, leur nature et leur contenu ainsi que leurs limitations s'il en est, les moyens de mise en œuvre effective et les formes de réparation disponibles en cas de violation³.

2. La Cour suprême du Canada a récemment statué à l'encontre de trois pourvois relatifs au droit à l'enseignement dans la langue de la minorité anglophone au Québec⁴. Dans un premier cas (arrêt *Gosselin*), elle se demande si réserver l'accès à l'école anglaise aux seuls ayants droit ne constitue pas une atteinte illicite aux droits à l'égalité. Une deuxième décision (arrêt *Solski*) soulève la constitutionnalité de certaines dispositions de la *Charte de la langue française*⁵ (ci-après *CLF*) qui confine l'admissibilité à l'école anglaise du Québec aux enfants qui ont reçu leur enseignement primaire ou secondaire en anglais au Canada ou dont les parents ont reçu leur instruction primaire en anglais au Canada pourvu, dans les deux cas, « que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement reçu ... »⁶. Une dernière décision (arrêt *Okwuobi*) traite de la nécessité d'épuiser les recours administratifs à l'égard d'une décision refusant d'émettre un certificat d'admissibilité à l'école anglaise avant

3. Voir A. BRAËN, *La promotion des droits linguistiques au Canada : dialogue ou chaise musicale?*, sous presses, publication automne 2005, Butterworths.

4. *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] CSC 14; *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] CSC 15; *Okwuobi c. Commission scolaire Lester B. Pearson & al.*, [2005] CSC 16.

5. L.R.Q., c. C-11.

6. *Id.* L'article 72 précise que l'enseignement se donne en français aux niveaux primaire et secondaire. L'article 73 énonce ce qui suit :

« 73. Peuvent recevoir l'enseignement en anglais, à la demande de l'un de leurs parents,

1° les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et a reçu un enseignement primaire en anglais au Canada, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu au Canada,

2° les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et qui ont reçu ou reçoivent un enseignement primaire ou secondaire en anglais au Canada, de même que leurs frères et sœurs, pourvu que l'enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire ou secondaire reçu au Canada,

3° les enfants dont le père et la mère ne sont pas citoyens canadiens mais dont l'un deux a reçu un enseignement primaire en anglais au Québec, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu au Québec,

de saisir la Cour supérieure du Québec d'une question relative à l'article 23 de la *Charte canadienne*.

3. Depuis longtemps, il est fait état de l'existence au Québec d'un fragile consensus autour de la question linguistique. Les décisions de la Cour suprême compromettent-elles ce statu quo? Il faut noter que des amendements récents apportés à la *CLF* par l'Assemblée nationale ont exclu l'enseignement en anglais reçu au Québec dans un établissement privé et non subventionné comme fondement à l'exercice des droits scolaires constitutionnels⁷. Certains parents envoyaient en effet leurs enfants non admissibles à l'enseignement en anglais dans de tels établissements pour des périodes de six mois à un an pour ensuite requérir un certificat d'admissibilité à l'école anglaise. Mais la validité constitutionnelle de ces amendements n'a pas été soumise à la Cour suprême et la question subsiste toujours. D'autres provinces ont aussi légiféré sur la qualité des ayants droits⁸ et dans le cas de l'Ontario, la loi accorde aux représentants de la minorité francophone le soin de décider de l'admission dans les écoles françaises des enfants autrement inadmissibles⁹. On se demande donc si la question de l'admission dans les écoles de la minorité constitue un aspect qui doit relever exclusivement du pouvoir de gestion de

4° les enfants qui, lors de leur dernière année de scolarité avant le 26 août 1977, recevaient l'enseignement en anglais dans une classe maternelle publique ou à l'école primaire ou secondaire, de même que leurs frères et sœurs,

5° les enfants dont le père ou la mère résidait au Québec le 26 août 1977 et avaient reçu un enseignement primaire en anglais hors du Québec, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu hors Québec.

Il n'est toutefois pas tenu compte de l'enseignement en anglais reçu au Québec dans un établissement privé non agréé aux fins de subvention par l'enfant pour qui la demande est faite ou pour l'un de ses frères et sœurs. Il en est de même de l'enseignement en anglais reçu au Québec dans un tel établissement, après le 1^{er} octobre 2002, par le père ou la mère de l'enfant.

Il n'est pas tenu compte non plus de l'enseignement en anglais reçu en application d'une autorisation particulière accordée en vertu des articles 81, 85 et 85.1 ».

7. *Id.* Voir la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q., 2002, c. 28, article 3.

8. Par exemple, voir la *Loi sur les écoles publiques*, C.P.L.M. c. P250, article 21.1 qui définit l'ayant droit comme étant le parent qui a reçu au Canada au moins quatre ans d'enseignement primaire en français ou comme étant le parent d'un enfant qui reçoit ou qui a reçu quatre ans d'enseignement primaire ou secondaire en français.

9. *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, c. E-2, art. 293.

la minorité elle-même plutôt que d'un gouvernement provincial. La portée des interventions de la Cour suprême, on le voit, déborde du cadre strictement québécois et à cet égard, on peut s'interroger sur ce que sera véritablement son impact. Mais avant de procéder à l'analyse de ces décisions, il convient dans un premier temps de rappeler brièvement les principales caractéristiques de l'article 23 de la *Charte canadienne*.

I. RAPPEL

4. Les tribunaux ont rappelé à satiété que l'article 23 doit recevoir une interprétation généreuse et libérale. Même s'il est l'expression d'un compromis politique, cela n'a aucune incidence sur sa portée¹⁰. Compte tenu de ses objets, l'article 23 vise à maintenir les deux langues officielles au Canada ainsi que les cultures qu'elles représentent et à favoriser leur épanouissement en donnant droit à un enseignement dispensé dans ces deux langues partout au Canada. Il vise aussi à remédier aux injustices du passé en matière scolaire, à freiner l'érosion des droits linguistiques et à faire des deux groupes linguistiques des partenaires égaux dans le domaine scolaire; c'est là le caractère réparateur de l'article 23¹¹. Ce dernier s'attaque donc au *statu quo* en prescrivant que les gouvernements provinciaux doivent faire tout ce qui est pratiquement faisable pour maintenir et promouvoir l'instruction dans la langue de la minorité¹². D'où l'importance de l'analyse historique et contextuelle pour vérifier dans chaque cas si un gouvernement respecte ou non ses obligations constitutionnelles dans ce domaine et pour guider les acteurs à mettre en œuvre efficacement les droits scolaires garantis¹³.

10. Voir *Mahé c. Alberta*, *supra*, note 2. Voir aussi : A. BRAËN, *Les droits scolaires des minorités de langue officielle au Canada et l'interprétation judiciaire*, (1988) 19 R.G.D. 311 et *La décision de la Cour suprême dans l'arrêt Mahé*, [1990] 21 R.G.D. 497.

11. *Re Minority Language Educational Rights*, *supra*, note 2; *Mahé c. Alberta*, *supra*, note 2 et *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, *supra*, note 2.

12. *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, *supra*, note 2.

13. *Ibid.* L'analyse permet de comprendre le contexte historique et social d'une situation devant être corrigée. Elle identifie les raisons pour lesquelles un système d'éducation ne répondait pas aux besoins de la minorité en 1982 et pourquoi il n'y répond toujours pas, si c'est le cas, aujourd'hui.

L'article 23 énonce un minimum et les provinces peuvent y ajouter en termes de droits octroyés à la minorité de langue officielle¹⁴. Finalement, cet article renferme sa propre notion d'égalité et il constitue un code complet régissant les droits à l'instruction dans la langue de la minorité. Il est assorti de réserves et d'une méthode d'évaluation qui lui sont propres et à ce titre, il constitue une exception aux articles 15 (droit à l'égalité) et 27 (multiculturalisme) de la *Charte canadienne*.

5. Il ne faut pas voir dans l'article 23 des dispositions octroyant trois droits distincts : droit aux programmes d'instruction dans la langue de la minorité de langue officielle d'une province, droit aux établissements scolaires et droit de gestion. La méthode du critère variable mise de l'avant par la Cour suprême du Canada¹⁵ invite plutôt à voir dans cet article l'attribution d'un droit général à l'instruction dans la langue de la minorité dont le minimum est constitué par le droit à l'instruction dans la langue de la minorité et dont le niveau supérieur est constitué d'une gamme d'exigences institutionnelles pouvant aller de la simple école jusqu'au système autonome géré par la minorité. L'idée qui fonde le choix de cette méthode est que l'article 23 garantit le type et le niveau de droits et de services appropriés pour assurer l'instruction dans la langue de la minorité au nombre d'élèves impliqués. La qualité du programme d'instruction doit être de qualité équivalente à celle du programme dispensé à la majorité. À cet égard, l'égalité réelle peut exiger que la minorité soit traitée différemment si cela est nécessaire et suivant sa situation et ses besoins particuliers afin de lui assurer un niveau d'éducation équivalant à celui de la majorité¹⁶. Les établissements de la minorité sont financés à même les fonds publics et l'article 23 ne confère pas à la minorité le droit de lever ses propres impôts scolaires. Mais le financement doit être adéquat et des mesures de rattrapage, par exemple, peuvent commander un financement additionnel. Le droit de gestion et de contrôle de la minorité sur ses établissements s'exerce au moyen de l'implantation d'un réseau scolaire

14. Art. 16(3) de la *Charte canadienne*.

15. Voir l'arrêt *Mahé c. Alberta*, *supra*, note 2.

16. *Ibid.* Voir aussi *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, *supra*, note 2.

autonome et complètement géré par elle ou encore, par un droit de représentation de la minorité au sein d'un conseil scolaire; dans ce dernier cas, tous les aspects de l'éducation qui touchent la langue et la culture vont relever exclusivement des représentants de la minorité¹⁷. Le rôle de l'État est ici de mettre en place les structures institutionnelles, les politiques et les règlements qui répondent à la dynamique linguistique particulière à la province. Et ce rôle doit tenir compte du caractère réparateur de l'article 23, des besoins particuliers de la minorité et de son droit de gestion exclusif¹⁸.

6. Les droits scolaires constitutionnels ne sont pas absolus. Ils s'exercent partout dans la province où un nombre suffisant d'enfants de parents qualifiés le justifie. La détermination du nombre pertinent correspond au nombre d'élèves qui se prévaudront éventuellement des services éducatifs. C'est donc un nombre approximatif qui n'est pas limité aux subdivisions scolaires... et qui se situe entre la demande actuelle ou connue et la demande potentielle d'élèves admissibles¹⁹. La détermination de ce que justifie le nombre (programmes, école et gestion) exige, quant à elle, la considération de deux facteurs²⁰. D'abord, il faut déterminer les services qui sont appropriés au plan pédagogique pour le nombre d'élèves en cause²¹; puis, il faut examiner les coûts afférents aux services

17. Dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*, la Cour suprême mentionne qu'il n'est pas possible de donner les détails exhaustifs de ce pouvoir de gestion à cause de l'échelle variable des droits scolaires constitutionnels et du fait que chaque situation peut commander des modalités particulières (*supra*, note 2). Dans l'arrêt *Mahé*, le tribunal a précisé que les décisions relatives (a) aux dépenses de fonds prévues pour l'instruction dans la langue de la minorité, (b) à la nomination et à la direction des administrateurs, (c) à l'établissement du programme scolaire, (d) au recrutement et à l'affectation du personnel enseignant et autre et (e) à la conclusion d'accords pour l'enseignement et les services dispensés aux élèves, devraient relever exclusivement du pouvoir de gestion exercé par la minorité (*supra*, note 2, p. 377).

18. Les autorités publiques peuvent imposer des programmes d'intérêt commun à la condition que cela n'affecte pas de façon négative les préoccupations linguistiques et culturelles de la minorité. Voir l'arrêt *Mahé*, *supra*, note 2, p. 393 et l'arrêt *Arsenault-Cameron*, *supra*, note 2, par. 52.

19. *Mahé c. Alberta*, *supra*, note 2, p. 384-386; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, *supra*, note 2, par. 32; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, *supra*, note 2, p. 850.

20. *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, *supra*, note 2.

21. Cette détermination tient compte du site, du transport scolaire, de l'âge des élèves, du caractère urbain ou rural de la population à desservir...

ainsi envisagés. À ce niveau, la question des coûts ne doit pas être brandie de sorte à nier les droits scolaires constitutionnels. Cette limite signifie simplement que les autorités publiques doivent faire ce qui est économiquement faisable et les considérations d'ordre pédagogique ont plus de poids que les simples facteurs économiques. Par ailleurs, la limitation prescrite par l'article 1 de la *Charte* pourrait aussi trouver application à l'égard des droits garantis par l'article 23. On peut toutefois présumer que l'objectif législatif mis de l'avant pour justifier une restriction aux droits scolaires doit être fort important, compte tenu du rôle vital que joue l'article 23 dans le maintien des deux communautés de langues officielles au Canada.

7. L'école représente l'institution la plus importante pour la survie des minorités de langues officielles au Canada. La dimension collective des droits garantis par l'article 23 est indéniable et les minorités elles-mêmes constituent donc les véritables bénéficiaires de cet article²². Mais seuls les parents qualifiés en vertu de cet article peuvent exercer les droits scolaires constitutionnels. Il faut, par ailleurs, noter que rien ne les oblige à ce faire²³. Cet article ne constitutionnalise pas non plus le libre choix de la langue d'enseignement si ce n'est pour les ayants droit et il ne s'adresse pas aux parents de la majorité linguistique de chaque province. La *Charte canadienne* ignore la langue des enfants; leur langue maternelle ou leur connaissance de la langue de la minorité n'a aucune incidence sur les catégories de titulaires ou d'ayants droit établies dans l'article 23. La citoyenneté canadienne constitue un prérequis à l'exercice des droits et les provinces restent libres de diriger les non-Canadiens vers le réseau scolaire de

22. *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, *supra*, note 2.

23. Dans plusieurs provinces, ce n'est qu'une petite partie des ayants droit qui exercent véritablement leurs droits scolaires constitutionnels et qui, en l'occurrence, envoient leurs enfants à l'école française. Voir : STATISTIQUE CANADA, « *Profil des langues au Canada : l'anglais, le français et bien d'autres langues* » in *Recensement de 2001*, Série Analyse, Catalogue, n° 96 F0030XIF 2001 005, 2002; GOUVERNEMENT DU CANADA, *Le prochain acte : un nouvel élan pour la dualité linguistique canadienne : le plan d'action pour les langues officielles*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2003; A. MARTEL, *Droits, écoles et communautés en milieu minoritaire : 1986-2002. Analyse pour un aménagement du français par l'éducation*, Ottawa, Commissariat aux langues officielles, 2001.

la majorité. Les parents qualifiés s'entendent de ceux qui exercent l'autorité parentale et qui résident dans la province où ils veulent faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité. Même si les dispositions de l'article 23 utilisent le pluriel, il suffit qu'un seul des parents soit qualifié pour invoquer les droits scolaires constitutionnels²⁴. La première catégorie d'ayants droit, celle de la langue maternelle des parents, est constituée des parents canadiens dont la langue maternelle (la première langue apprise et encore comprise) est celle de la minorité linguistique de la province où ils résident. Cette catégorie n'est pas applicable à la province de Québec²⁵. La deuxième catégorie, celle de la langue d'instruction des parents, est composée des parents canadiens qui ont reçu n'importe où au Canada leur instruction primaire dans la langue de la minorité linguistique de la province où ils résident : c'est la clause Canada²⁶. La dernière catégorie, celle de la langue d'instruction des enfants, s'entend de la langue d'enseignement de l'un des enfants de la famille dans une école primaire ou secondaire située n'importe où au Canada; les parents canadiens peuvent alors requérir que tous leurs enfants soient instruits dans cette langue.

8. Il revient aux provinces et territoires de mettre en œuvre les droits scolaires garantis depuis 1982 par la *Charte canadienne*. En cas de violation, les ayants droit possèdent le droit constitutionnel de s'adresser à un tribunal compétent afin d'obtenir une réparation juste et convenable²⁷. À cet égard et parce qu'un cadre législatif approprié était le plus souvent

24. Voir : M. POWER, P. FOUCHER, « Les droits linguistiques en matière scolaire » in M. BASTARACHE, (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2004, p. 417-423.

25. Art. 59 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

26. À l'époque de l'adoption de la *Charte de la langue française*, L.Q., 1977, c. 5, l'Assemblée nationale du Québec n'avait pas permis aux parents ayant reçu leur instruction primaire en anglais en dehors du Québec de faire instruire leurs enfants en anglais au Québec. Le gouvernement québécois d'alors voulait conclure des accords de réciprocité avec les autres provinces canadiennes pour permettre aux enfants des provinces concernées de pouvoir être instruits dans le réseau scolaire de la minorité (anglophone ou francophone). C'est la clause Québec qui, ironiquement, a servi de modèle pour la rédaction de l'article 23 de la *Charte canadienne* et qui fut jugée inconstitutionnelle suite à l'adoption de cette dernière en 1982. Voir : *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, *supra*, note 2.

27. Art. 24 de la *Charte canadienne*.

requis, les interventions judiciaires ont été nombreuses pour faire déterminer les paramètres de l'action législative, laquelle pouvait varier d'une province à l'autre, voire d'une région à l'autre, tant la situation des minorités linguistiques peut varier et exiger un modèle distinct de mise en œuvre. L'intervention des tribunaux a aussi été rendue nécessaire pour forcer l'action exécutive dans les cas (fréquents) de résistance de la part des gouvernements, peu enclins à se conformer à ces prescriptions scolaires pourtant constitutionnelles. C'est à titre de gardiens de la Constitution et de la légalité que les tribunaux supérieurs sont donc intervenus pour définir le contenu et les modalités d'application des droits scolaires. Ils ont d'abord déclaré l'existence des droits constitutionnels (au programme, à l'école...); puis ils ont déclaré l'invalidité (quelquefois suspendue) de textes législatifs ou de mesures administratives. Ils ont aussi décrété des mesures affirmatives telles des injonctions ou même des ordonnances de rendre compte²⁸. En ce faisant, ils ont posé les limites du pouvoir judiciaire qui ne saurait se substituer aux autorités publiques; mais ils ont aussi indiqué que la déférence du pouvoir judiciaire à l'égard de l'exécutif s'arrête là où commencent les droits constitutionnels²⁹.

II. LES DÉCISIONS DE LA COUR SUPRÊME

A. L'ARRÊT GOSSELIN

9. L'accès à l'école anglaise du Québec est, en vertu de la *Charte de la langue française*³⁰, restreint aux enfants qui ont reçu un enseignement primaire ou secondaire en anglais au Canada, ou encore aux enfants dont les parents ont fait leurs études primaires en anglais au Canada. Des parents francophones ont soutenu que la législation québécoise établissait une distinction entre les enfants qui satisfont à ces critères d'admissibilité et tous ceux (la majorité) qui n'y satisfont pas. Il en résulterait en conséquence une atteinte illicite à leurs droits à

28. *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'éducation)*, *supra*, note 2.

29. *Ibid.* Voir aussi: A. BRAËN, *La promotion des droits linguistiques au Canada : dialogue ou chaise musicale?*, *supra*, note 3.

30. À l'exception de l'école anglaise privée et non subventionnée. *Supra*, notes 5 et 6.

l'égalité tels qu'ils découlent de la *Charte des droits et libertés de la personne*³¹. Bref et sous prétexte d'égalité, les parents francophones réclamaient le libre choix de la langue d'enseignement de sorte que leurs enfants puissent accéder à l'école anglaise. La Cour supérieure du Québec les a déboutés, jugeant qu'accepter leur argumentation équivaldrait à dénaturer complètement l'article 23 de la *Charte canadienne*³². La Cour d'appel a confirmé cette décision en ajoutant qu'on ne peut pas taxer de discriminatoire la mise en œuvre par le législateur de l'article 23 de la *Charte canadienne*³³.

10. La Cour suprême du Canada a confirmé les instances inférieures. D'entrée de jeu, la Cour fait remarquer que l'argumentation des parents ne tient pas compte du compromis soigneusement formulé à l'article 23. Puisqu'il n'existe pas de hiérarchie entre les dispositions constitutionnelles, les droits à l'égalité prévus à l'article 15 de la *Charte canadienne* ne peuvent pas servir à invalider des garanties expressément attribuées par la Constitution. Celle-ci commande une interprétation globale qui tienne compte de toutes ses parties. En mettant en œuvre l'article 23, le Québec n'a pas violé les droits à l'égalité prévus tant à l'article 15 de la *Charte canadienne* qu'aux articles 10 et 12 de la *Charte québécoise*³⁴. La Cour fait remarquer que les demandeurs ne sont pas titulaires des droits scolaires garantis par l'article 23; leur situation est celle de la majorité francophone du Québec et c'est pour bénéficier des droits que la Constitution garantit à la minorité anglophone de cette province qu'ils tentent de se prévaloir des droits à l'égalité. À cet égard et même si, contrairement à l'article 10 de la *Charte québécoise*, la langue n'est pas mentionnée comme motif de discrimination, l'article 15 de la *Charte canadienne* ne l'exclut pas. Et si l'article 15 de la *Charte canadienne* ainsi que les articles 10 et 12 de la *Charte québécoise* trouvent application, quels sont alors les rapports entre les droits à l'égalité, l'article 23 et la *CLF*? On peut résumer de la façon suivante la réponse de la Cour :

31. L.R.Q., c. C-12, art. 10 et 12.

32. [2000] R.J.Q. 2973.

33. [2002] R.J.Q. 1298.

34. *Supra*, note 31.

- Les parents soutenaient que, malgré le lien unissant l'article 23 de la *Charte canadienne* et l'article 73 de la *CLF*, uniquement les dispositions de ce dernier contrevenaient aux droits à l'égalité. Selon la Cour, l'article 73 ne vise qu'à assurer la mise en œuvre de l'article 23 et n'a pas pour objet de créer des catégories d'enfants admissibles à l'école anglaise.
- Au plan historique, le législateur a mis fin au régime du libre choix de la langue d'enseignement au Québec pour lui substituer le régime maintenant prévu dans la *CLF*. Après la déclaration d'invalidité de la « clause Québec » en 1984,³⁵ c'est l'article 23 qui a régi directement l'accès à l'école anglaise. Depuis 1993, ce sont les dispositions des articles 72 et 73 de la *CLF*³⁶.
- L'article 23, on le sait, est un code complet en lui-même et assorti de ses propres réserves et de sa propre méthode d'évaluation. Il constitue une exception aux articles 15 et 27 de la *Charte canadienne* puisqu'il confère des droits à deux groupes spécifiques, les anglophones du Québec et les francophones hors Québec. Mais l'article 23 peut aussi être vu comme concrétisant l'égalité des deux minorités de langue officielle dans le domaine scolaire.
- Il ne convient pas de conférer un statut supérieur aux droits à l'égalité et de créer ainsi une hiérarchie parmi les droits constitutionnels.³⁷ Même si l'article 23 est issu d'un compromis, il est le reflet du principe constitutionnel plus large de la protection des minorités³⁸.
- L'article 23 vise la protection et l'épanouissement de la minorité anglophone du Québec et de la minorité francophone hors Québec. Il constitue la clé de voûte du bilinguisme et du biculturalisme au Canada. Il ne traite aucunement des droits scolaires de la majorité mais bien de ceux de la minorité.³⁹ Or, l'objectif des parents franco-

35. Voir *Supra*, note 26.

36. L.Q., 1993, c. 40, art. 24.

37. Voir l'arrêt *Gosselin*, *supra*, note 4, par. 26.

38. *Id.*, par. 27. Voir aussi : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

39. *Id.*, par. 29 à 31. Voir aussi *Abbey c. Essex Board of Educations*, *supra*, note 2.

phones de faire instruire leurs enfants dans les écoles anglaises ne correspond pas à l'objet de l'article 23. Au contraire, d'abord et si c'était le cas, les écoles de la minorité deviendraient rapidement des centres d'assimilation parce que les enfants de la minorité anglophone seraient submergés par ceux de la majorité francophone. Comme principe directeur, l'article 23 rejette le libre accès à la langue d'enseignement. Puis, il faut aussi tenir compte des disparités très réelles qui existent dans le domaine scolaire entre la minorité anglophone du Québec et les minorités francophones d'ailleurs au Canada. Enfin, il faut tenir compte de la place spéciale occupée par le Québec sur l'échiquier canadien et nord-américain. C'est pourquoi la présence d'écoles destinées à la minorité anglophone québécoise ne doit pas servir à contrecarrer la volonté de la majorité du Québec de protéger et promouvoir le français comme langue de la majorité au Québec⁴⁰.

Voilà pourquoi, selon la Cour, un gouvernement provincial qui offrirait à tous un accès égal aux écoles de la minorité manquerait à son obligation de « faire ce qui est pratiquement faisable pour maintenir et promouvoir l'instruction de la langue de la minorité »⁴¹.

B. L'ARRÊT SOLSKI

11. L'article 73 de la *CLF* précise que les enfants de parents canadiens qui ont reçu ou reçoivent un enseignement primaire ou secondaire en anglais au Canada, de même que leurs frères et sœurs, peuvent recevoir l'enseignement en anglais au Québec « *pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire ou secondaire reçu au Canada* »⁴². Cette précision du législateur québécois est-elle compatible avec l'article 23 de la *Charte canadienne*? D'emblée, la Cour suprême du Canada a répondu par l'affirmative dans la mesure où les dispositions de l'article 73 reçoivent une interprétation de type qualitatif plutôt que strictement mathématique.

40. *Ibid.*

41. *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, *supra*, note 2.

42. Voir *Supra*, note 6.

12. L'arrêt met en cause plusieurs familles qui ont requis des autorités québécoises un certificat d'admissibilité à l'école anglaise pour leurs enfants. Dans un premier cas, des enfants avaient reçu 34 mois d'enseignement primaire en français, puis 24 mois en anglais grâce à l'exemption relative au séjour temporaire prévu dans la *CLF*⁴³. Puis, après une première année secondaire passée (sans certificat) en anglais, on avait demandé aux parents de se procurer un certificat d'admissibilité pour les enfants. Dans le deuxième cas, un enfant avait complété sa 1^{re} et sa 2^e années primaires dans une école anglaise ontarienne, mais l'enseignement avait été dispensé pour moitié en français et moitié en anglais dans le cadre d'un programme d'immersion. Déménagée à Montréal, la famille avait requis un certificat d'admissibilité à l'école publique anglaise pour l'enfant. Dans le dernier cas, un enfant de parents ayant fait leurs études en français au Québec avait d'abord fréquenté l'école privée française pour compléter les 1^{re} et 2^e années du primaire; puis, l'enfant avait été dirigé vers l'école privée non subventionnée où l'enseignement était dispensé 60 % en anglais et 40 % en français. Dans tous les cas, un certificat d'admissibilité leur avait été refusé au motif que l'enfant n'avait pas reçu « la majeure partie », c'est-à-dire 50 % de son enseignement en anglais. Un comité de révision, puis le Tribunal administratif du Québec avait confirmé ces décisions. La Cour supérieure, quant à elle, avait jugé que l'article 73 était incompatible avec l'article 23 de la *Charte canadienne* puisqu'il limite les catégories d'ayants droit. L'article 23(2) confère en effet le droit à un enfant qui fait ses études dans la langue de la minorité au moment de la demande, de les poursuivre dans cette langue, qu'importe la langue des études antérieures⁴⁴. La Cour d'appel du Québec a infirmé cette décision qui, selon elle, donnerait ainsi un accès quasi automatique à l'école anglaise à tous ceux qui feraient un court passage à l'école privée anglaise non subventionnée⁴⁵.

13. Avant de se pencher sur la constitutionnalité de la législation québécoise, la Cour suprême a, de façon préliminaire,

43. *Supra*, note 5, art. 85.

44. [2001] R.J.Q. 218.

45. [2002] R.J.Q. 1285.

insisté sur les origines et le rôle joué par l'article 23 de la *Charte canadienne*. La Cour considère que les droits linguistiques sont fondamentaux et essentiels pour l'épanouissement des deux communautés linguistiques du Canada. À cet égard, les droits à l'instruction dans la langue de la minorité constituent la pierre angulaire du régime linguistique canadien en permettant de préserver les deux langues officielles et les cultures qu'elles véhiculent. Toute législation linguistique met en jeu des droits individuels en visant à assurer l'épanouissement de chaque membre d'une communauté linguistique; au plan collectif, ce type de législation influence la vie de chaque communauté ainsi que la perception qu'elle a de son avenir au sein du Canada. C'est ce double rapport qui rend délicat l'aménagement des droits linguistiques et l'interprétation judiciaire a la responsabilité de concilier des priorités et des intérêts quelquefois divergents et aussi de ménager l'avenir de chaque communauté⁴⁶. L'analyse contextuelle amène la Cour à conclure que l'article 23 constitue une reconnaissance du caractère essentiel des deux langues officielles et qu'il démontre la volonté du constituant d'assurer leur permanence et leur épanouissement. Déjà le fédéralisme canadien sert à accommoder cette caractéristique. Mais la Cour s'est aussi déclarée sensible aux inquiétudes ainsi qu'à la dynamique linguistique particulière du Québec où la francophonie est majoritaire au plan provincial mais minoritaire au plan canadien et nord-américain. L'article 23 garantit des droits scolaires à toutes les minorités de langue officielle qui sont en principe identiques. Le caractère s'atténue toutefois au Québec puisque l'article 59 de la *Loi constitutionnelle de 1982* écarte l'application du critère de la langue maternelle dans cette province et limite l'accès à l'école anglaise à deux catégories d'ayants droit⁴⁷. Pour la Cour, le constituant a voulu par là écarter la solution du libre choix de la langue d'enseignement au Québec. L'article 23 résulte de négociations difficiles qui ont tenu compte à la fois des demandes d'égalité des francophones hors Québec, des inquiétudes de la minorité

46. Voir *Supra*, note 4, par. 5.

47. Cependant, l'article 59 prévoit que l'article 23(1)a) (critère de la langue maternelle) peut être mis en application au Québec suite à une autorisation en ce sens de l'Assemblée nationale ou du gouvernement du Québec.

anglophone du Québec et aussi du statut spécial du Québec. Même si l'éducation est du ressort provincial, il reste que la mise en œuvre de l'article 23 et la discrétion du ministre sont assujetties à la *Charte canadienne* et qu'à cet égard, l'article 73 de la *CLF* peut être interprété de manière conforme à l'article 23 de la *Charte canadienne*⁴⁸.

14. Puis, s'agissant de vérifier la compatibilité de l'article 73 de la *CLF* avec l'article 23 de la *Charte canadienne*, la Cour entreprend un long développement qu'on peut résumer ainsi :

- a) Revenant une fois de plus sur l'interprétation qui sied à l'article 23, la Cour rappelle que celui-ci constitue un code complet en soi et une exception aux articles 15 et 27 de la *Charte canadienne*, qu'il doit recevoir une interprétation large et libérale compte tenu de son caractère réparateur, qu'il doit, même s'il prescrit un ensemble uniforme de droits minimaux, tenir compte du contexte propre à chaque province et qu'il contient une dimension à la fois individuelle et collective⁴⁹.
- b) Le procureur général du Québec donne une interprétation strictement mathématique à l'expression « majeure partie » contenue à l'article 73 de la *CLF*. Selon lui, cela permet de révéler l'existence du lien qui rattache l'enfant à la communauté anglophone. Pour la Cour suprême, cette interprétation manque de souplesse et est incompatible avec l'article 23(2) de la *Charte canadienne* lequel identifie une catégorie d'ayants droit et lequel doit aussi, comme l'ensemble de l'article 23, recevoir une interprétation large et compatible avec son objet. Pour être compatible avec l'article 23, l'expression « majeure partie » doit recevoir une interprétation *qualitative* et le cheminement scolaire de l'enfant doit être l'objet d'une évaluation à la fois subjective et objective. Au plan subjectif, l'évaluation commande un examen de l'ensemble de la situation de l'enfant; au plan objectif, tant les autorités que les tribunaux doivent considérer si, compte tenu de ce cheminement, l'admission de l'enfant cadre avec les objets de l'article 23 et en particulier, avec le besoin « de protéger et de renforcer la communauté linguistique minoritaire... »⁵⁰.

48. *Supra*, note 4, par. 2 à 10.

49. *Id.*, par. 20 à 23.

50. *Id.*, par. 28.

- c) L'article 23(2) vise à garantir le droit à la continuité de l'instruction dans la langue de la minorité, à préserver l'unité familiale et à favoriser la liberté de circulation et d'établissement. L'article 23(2) s'entend de la langue d'instruction de l'enfant même si les ayants droit sont les parents. Un enfant qui étudie ou a étudié dans la langue de la minorité doit être en mesure de terminer ses études dans cette langue où qu'il soit au Canada et ce droit s'étend à ses frères et sœurs si c'est le cas. Même si l'article 23 vise l'épanouissement des minorités de langues officielles, nul n'a besoin d'appartenir à la minorité pour remplir les conditions prescrites par l'article 23. Les parents et les enfants peuvent appartenir à des communautés culturelles autres que française et anglaise et ni l'une ou l'autre langue officielle n'a à être parlée à la maison. L'article 23 reflète le fait que les néo-Canadiens ont le droit d'appartenir à l'une ou l'autre ou même aux deux communautés linguistiques⁵¹.
- d) De plus, l'article 23(1)b qui traite de la langue d'instruction des parents doit recevoir la même interprétation que l'article 23(2). Pour être admissible à l'école de la minorité, un enfant n'a pas à avoir une connaissance pratique de la langue minoritaire, ni appartenir au groupe culturel qu'elle représente. Parce que l'article 23 commande une analyse contextuelle, il est important à cet égard de considérer les disparités existant dans le domaine scolaire entre la minorité anglophone du Québec et les minorités francophones hors Québec. L'article 23 vise à faciliter la réintégration des enfants qui ont été isolés de leur communauté linguistique soit parce que les parents francophones ou assimilés ont choisi l'anglais comme langue d'enseignement de leurs enfants, soit parce que les ressources scolaires en français étaient inexistantes ou inadéquates⁵².

51. *Id.*, par. 31.

52. *Id.*, par. 33.

e) L'interprétation qualitative de l'expression « majeure partie » amène donc à considérer le cheminement scolaire global de l'enfant à partir de quatre facteurs.

1^{er} *Le temps passé dans chaque programme.* Il faut considérer la période totale combinée que l'enfant a passée dans chaque programme, français et anglais. Plus un enfant a passé du temps dans un programme dispensé dans une langue, plus il démontre son intention d'adopter cette langue. C'est l'existence du lien qui rattache l'enfant à la langue choisie qui importe ici et il faut vérifier la suffisance de ce lien. Le cheminement de l'enfant laisse-t-il croire que cette instruction s'est réalisée? Il faut noter que l'article 23(2) est silencieux sur cette question de période de temps. Aussi, il ne convient pas d'aborder cette problématique avec un esprit exclusivement mathématique.

2^e *À quelle étape le choix linguistique s'est-il réalisé?* La première langue d'enseignement peut révéler l'intention de l'adopter de façon permanente. Mais si ce choix est fait à l'entrée du secondaire, cela peut démontrer un engagement plus ferme et plus éclairé à adopter cette langue.

3^e *Quels sont les programmes offerts?* Le temps passé dans le système scolaire de la majorité linguistique n'indique pas nécessairement un choix pour cette langue. Cette situation peut s'expliquer par l'absence de programmes adéquats dans la langue de la minorité.

4^e *Existe-t-il des problèmes d'apprentissage?* Un enfant peut avoir complété les trois premières années d'enseignement primaire en anglais et les trois dernières en français. L'enfant éprouve-t-il des problèmes d'apprentissage dans cette dernière langue? Si oui, ce serait le pénaliser que de le contraindre à poursuivre dans la même langue⁵³.

15. C'est pourquoi la Cour suprême a conclu qu'une définition qualitative de l'expression « majeure partie » concorde avec l'article 23(2) de la *Charte canadienne*. Pour la Cour, « l'enfant qui est légalement inscrit à un programme d'enseignement

53. *Id.*, par. 39 à 45.

reconnu et qui le suit régulièrement »⁵⁴ doit être en mesure de poursuivre ses études dans la même langue. Cet enfant a droit à un cheminement scolaire uniforme et il ne doit pas être déraciné de son milieu. Toutefois, il revient aux gouvernements provinciaux de s'assurer que les inscriptions à l'école de la minorité répondent aux critères applicables⁵⁵.

16. De manière connexe, la Cour se demande finalement comment traiter un programme d'immersion ou un séjour à l'école privée lorsque vient le temps de vérifier si un enfant est admissible à l'école publique anglaise au Québec. Concernant le programme d'immersion, celui-ci est conçu pour donner une formation dans la langue seconde aux enfants de la majorité; il s'exécute dans les écoles de la majorité et se déroule dans un environnement qui est celui de la majorité. Il manque au programme d'immersion l'élément culturel essentiel à l'instruction dans la langue de la minorité puisque dans ce dernier cas, l'école est un facteur d'identification pour la minorité. Il ne faut pas assimiler un programme d'immersion à l'enseignement dans la langue de la minorité. L'enfant qui avait reçu un enseignement en français dans un programme d'immersion en Ontario recevait en fait un enseignement pour anglophones et avait donc le droit de poursuivre ses études en anglais au Québec. Concernant la fréquentation d'une école anglaise privée et non subventionnée, ce n'est qu'en 2002 que l'Assemblée nationale amendait la *CLF* pour l'exclure du calcul de la « majeure partie » de l'enseignement reçu⁵⁶. C'est dire qu'avant ces amendements, la fréquentation de tels établissements pouvait être prise en compte. Au Québec, les enfants d'immigrants ne peuvent fréquenter l'école anglaise que dans deux cas : soit en vertu d'une autorisation de séjour temporaire accordée par les autorités⁵⁷, soit au moyen d'une école anglaise privée non subventionnée. Or, les amendements de 2002 écartent maintenant du calcul de la « majeure partie » de l'enseignement ces deux éventualités. De plus, la validité constitutionnelle de ces amendements n'a pas été soulevée. Par ailleurs, il faut comprendre là aussi

54. *Id.*, par. 47.

55. *Id.*, par. 48.

56. *Supra*, note 7.

57. Art. 85 de la *CLF*.

qu'avant ces amendements, on tenait compte de cette fréquentation. C'est pourquoi la Cour conclut que le temps passé à l'école anglaise dans les cas sous étude doit être considéré aux fins de vérifier l'admissibilité de ces enfants à l'école anglaise. Enfin, le procureur général du Québec plaide qu'une interprétation mathématique de l'expression « majeure partie » peut être justifiée sous l'article 1 de la *Charte canadienne*. À cet égard, la Cour a simplement considéré qu'elle n'avait pas à répondre à cette question puisque l'approche qualitative rend l'expression compatible avec l'article 23 de la *Charte canadienne* tout en permettant au législateur québécois de poursuivre ses objectifs⁵⁸.

C. L'ARRÊT OKWUOBI

17. Cette décision ne traite pas à proprement parler des droits scolaires constitutionnels. Elle s'intéresse plutôt à la compétence du Tribunal administratif du Québec (ci-après le TAQ) de trancher des questions constitutionnelles et de l'obligation pour les administrés de suivre le processus de révision ou d'appel prévu par la loi avant de saisir la Cour supérieure de telles questions. Avant 2002, le refus de délivrer un certificat d'admissibilité à l'école anglaise pouvait être l'objet d'une révision devant un comité de révision⁵⁹; depuis, un recours en contestation peut être exercé devant le TAQ⁶⁰. Dans la mesure où des parents prétendent que l'expression « majeure partie » contenue à l'article 23 de la *CLF* est inconstitutionnelle, peuvent-ils saisir immédiatement la Cour supérieure de cette question sans préalablement procéder par les voies administratives de révision prévues par la *CLF*? D'autant plus que seule la Cour supérieure a le pouvoir d'émettre la réparation recherchée en vertu de l'article 24 de la *Charte canadienne*, c'est-à-dire une déclaration d'invalidité de dispositions législatives. Voici en résumé les points saillants de la décision de la Cour suprême.

58. Arrêt *Solski*, *supra*, note 4, par. 52.

59. Anciennement les art. 82 et 83 de la *CLF*, maintenant abrogés.

60. Art. 83.4 de la *CLF*.

- Concernant la compétence du TAQ de se prononcer sur une question constitutionnelle, on sait qu'un organisme administratif a le pouvoir de ce faire s'il a compétence sur l'ensemble du litige devant lui, c'est-à-dire à l'égard des parties, de son objet, de la réparation demandée et si le législateur lui a confié, expressément ou implicitement, le pouvoir de trancher des questions de droit. On doit alors présumer qu'il a compétence pour trancher une question constitutionnelle⁶¹. Pour la Cour, le législateur a clairement confié ce pouvoir au TAQ⁶².
- Il est vrai qu'un organisme administratif comme le TAQ n'a pas le pouvoir de déclarer formellement invalide une disposition législative. Et lorsqu'il se prononce, il ne doit s'attendre à aucune retenue de la part des tribunaux judiciaires⁶³. Mais les demandeurs ont droit à ce que le TAQ se prononce sur la question constitutionnelle et ils doivent épuiser les voies de recours administratifs prévues par la loi. Les tribunaux judiciaires doivent à cet égard respecter l'intention du législateur d'autant plus que le TAQ peut appeler des tiers, comme un conseil scolaire, dont la présence est nécessaire pour permettre une solution complète du litige⁶⁴.
- Il est vrai que la Cour supérieure possède une compétence résiduelle et qu'elle peut émettre des recours comme des injonctions, un pouvoir que ne possède pas le TAQ. Mais la compétence de la Cour supérieure doit servir à compléter le processus administratif plutôt qu'à l'affaiblir et elle doit rester l'exception. Selon la Cour suprême, la compétence résiduelle de la Cour supérieure dans ce domaine ne peut pas être écartée si son exercice est nécessaire pour obtenir une réparation juste et convenable au sens de l'article 24 de la *Charte canadienne*; mais l'attribution par le législateur d'une compétence au TAQ de se prononcer sur une question constitutionnelle n'annihile pas la compétence de la Cour supérieure⁶⁵.

61. Voir : *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585 et *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504.

62. Voir la *Loi sur la justice administrative*, L.R.Q., c. J-3, art. 14 et 15.

63. La norme de contrôle étant celle de la décision correcte.

64. Arrêt *Gosselin*, *supra*, note 4, par. 48. Voir les articles 74 et 107 de la *Loi sur la justice administrative*, *supra*, note 62, et l'article 17 des *Règles de procédure du Tribunal administratif du Québec*, (1999) 131 G.O.II, 5616.

65. *Id.*, par. 50 à 53.

III. COMMENTAIRES

A. UNE NEUTRALITÉ TOUTE JUDICIAIRE

18. Il n'y a pas lieu d'épiloguer longtemps sur les impacts politiques qui peuvent éventuellement découler de décisions judiciaires traitant de la question linguistique au Québec. Au plan formel, d'aucuns peuvent donc s'étonner que plus d'un an se soit écoulé entre le moment où ces pourvois ont été pris en délibéré par la Cour suprême et le moment où les décisions ont été rendues⁶⁶. Ce délai apparaît bien long mais il n'est pas exceptionnel; au contraire, la prise en délibéré pendant une période d'environ une année semble être commune lorsque la Cour traite de droits linguistiques⁶⁷. De plus, on note que les trois jugements ne sont pas signés et qu'ils ont été rendus « par la Cour ». Là aussi, il faut préciser que la pratique de la Cour suprême n'apparaît pas toujours uniforme dans ce domaine. Scassa a observé que les questions controversées telles l'avortement ou les droits linguistiques ont fait l'objet de la part de la Cour suprême de décisions rendues « par la Cour », avec ou sans indication de la langue de rédaction⁶⁸. Dans le domaine des droits linguistiques, les décisions du plus haut tribunal qui comportaient des opinions dissidentes ou additionnelles ont évidemment été signées⁶⁹.

66. C'est-à-dire du 22 mars 2004 au 31 mars 2005. À titre comparatif, la prise en délibéré dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, a été d'environ six mois.

67. Voir par exemple : *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *MacDonald c. Montréal (Ville)*, [1986] 1 R.C.S. 460; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'éducation)*, *supra*, note 2.

68. T. SCASSA, « *Language of Judgment and the Supreme Court of Canada* », (1994) 45 *R.D.U.N.-B.* 169, p. 173-175. Voir par exemple : *Blaikie c. Québec (Procureur général) (n° 1)*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Blaikie c. Québec (Procureur général) (n° 2)*, [1981] 1 R.C.S. 312; *Procureur général du Québec c. Québec Association of Protestant School Boards*, *supra*, note 2; *Ford c. Québec (Procureur général)*, *supra*, note 67; *Devine c. Québec (Procureur général)*, *supra*, note 67.

69. Voir par exemple : *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; *MacDonald c. Montréal (Ville)*, *supra*, note 67; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'éducation)*, *supra*, note 2. Voir aussi : *Québec (Procureur général) c. Collier*, [1990] 1 R.C.S. 260; *Ordonnance relative aux droits linguistiques au Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 1417.

Mais il reste que les décisions rendues de manière unanime dans ce domaine par la Cour et qui sont signées sont peu nombreuses⁷⁰. Enfin, la Cour a conféré une interprétation atténuée à l'article 73(2) de la *CLF* de sorte que l'expression « majeure partie » soit compatible avec l'article 23 de la *Charte canadienne*. L'approche qualitative appliquée par la Cour lui a donc permis d'éviter une déclaration d'invalidité qui aurait, probablement mais pas nécessairement, entraîné une réaction de la part du législateur et du gouvernement québécois. L'emploi de l'interprétation atténuée n'est toutefois pas nouveau. Il existe à l'égard des valeurs protégées par la *Charte canadienne* une présomption de respect chez le législateur. C'est l'objet d'une protection constitutionnelle plus que l'intention du constituant qui doit déterminer dans ce domaine l'approche que doit utiliser un tribunal. Cette approche, qui n'est pas unique, a donc permis à la Cour suprême de donner, compte tenu de l'ambiguïté du texte, une interprétation constitutionnelle à des dispositions législatives qui autrement auraient été jugées inconstitutionnelles⁷¹.

B. L'IMMERSION

19. On a déjà jugé dans certaines provinces qu'un programme d'immersion peut constituer une alternative acceptable pour les enfants de la minorité francophone lorsque leur nombre ne justifiait pas la mise en place d'un programme d'instruction en français⁷². D'autres tribunaux ont, dès le départ, fait valoir qu'un programme d'immersion n'est pas adapté aux besoins d'une minorité de langue officielle⁷³. Dans les arrêts *Mahé* et *Arsenault-Cameron*⁷⁴, la Cour suprême a insisté sur le fait qu'un programme d'instruction dans la

70. Voir : *Mahé c. Alberta*, *supra*, note 67; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, *supra*, note 2; *Lavigne c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 773.

71. Voir à ce sujet : *Bell Express Vu Limitée Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559. Et en général voir : R. SULLIVAN, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd, Toronto, Butterworths, 1994.

72. À ce sujet, voir : M. POWER, P. FOUCHER, *supra*, note 24, p. 444-445.

73. *SANB c. Minority Language School Board No 50*, (1983) 48 R.N.-B. (2d) 361 (C.B.R. du N.-B.); *Re Minority Language Educational Rights*, *supra*, note 2 (C.A. Ont.).

74. *Supra*, note 2.

langue de la minorité doit être adapté aux besoins de cette minorité et refléter ses valeurs et sa culture. L'arrêt *Solski* confirme donc que l'instruction dispensée dans la langue de la minorité mais dans le cadre d'un programme d'immersion ne constitue pas de l'instruction dispensée dans la langue de la minorité au sens de l'article 23 de la *Charte canadienne*. Il ne peut en être autrement : un programme d'immersion est conçu pour les enfants de la majorité linguistique et auxquels il s'adresse d'abord. Le programme d'instruction dans la langue de la minorité est conçu pour cette minorité et vise à assurer son épanouissement et son développement. De plus, l'homogénéité linguistique qui doit caractériser les établissements de la minorité où est dispensé le programme d'instruction confirme, à notre avis, cette vision. Enfin, accepter qu'un programme d'immersion qui est géré par la majorité puisse se substituer à un programme d'enseignement dans la langue de la minorité équivaut, selon nous, à nier le droit de gestion dont est investie la minorité de langue officielle à l'égard de cet enseignement. Par ailleurs, la position adoptée par le procureur général du Québec dans ce domaine surprend. En effet, elle s'opposait aux parents de la majorité canadienne anglaise pour qui l'apprentissage du français constitue un élément important de l'instruction de leurs enfants. La position des autorités québécoises dans l'arrêt *Solski* se trouvait en quelque sorte à vouloir pénaliser les éléments de cette population probablement la plus ouverte au fait français. Cela se comprend difficilement d'autant plus que si elle avait été retenue, l'argumentation en question aurait pour conséquence de faire perdre, à cause de cette ouverture, l'exercice de droits constitutionnels...

C. LA LÉGALITÉ ET LE RESPECT DU PROCESSUS ADMINISTRATIF

20. La Constitution est la loi suprême du Canada et elle rend inopérante toute règle de droit qui lui est incompatible⁷⁵. La capacité d'un tribunal administratif de jouer un rôle constitu-

75. Art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

tionnel et donc, de mettre en œuvre la *Charte canadienne*⁷⁶ peut être soulevée. À ce moment, la jurisprudence⁷⁷ apportera une réponse positive si l'organisme administratif a, en vertu de la loi, compétence à l'égard des parties devant lui, de l'objet du litige, de la réparation demandée et s'il a le pouvoir de trancher une question de droit. On présume alors que le législateur lui a conféré le pouvoir de trancher une question constitutionnelle. Dans un tel cas l'organisme administratif ne prononce pas, s'il y a lieu, une déclaration d'invalidité (seule la Cour supérieure possède ce pouvoir); il constate qu'une règle est inopérante et sa décision n'est alors opposable qu'aux parties. On considère en effet qu'un individu doit pouvoir faire valoir ses droits constitutionnels devant un organisme administratif sans devoir engager de façon parallèle des procédures judiciaires⁷⁸. Dans l'arrêt *Okwuobi*, la Cour suprême confirme que le législateur a conféré au TAQ le pouvoir de se prononcer ainsi sur la constitutionnalité, dans notre cas, de l'article 73(2) de la *CLF* face à l'article 23 de la *Charte canadienne*. Par ailleurs, la Cour rappelle une règle bien connue en matière de contrôle judiciaire, à savoir celle de l'épuisement des voies de recours internes. Une décision rendue par l'Administration même illégale ne donne pas ouverture automatiquement à l'exercice par une cour supérieure de son pouvoir de contrôle et de surveillance⁷⁹. Hormis le cas d'*habeas corpus* lequel est un bref *ex debito justitiae*⁸⁰, aucun recours n'est recevable de plein droit par la Cour supérieure pour qu'elle exerce son pouvoir de contrôle. Or, la *CLF*

76. Les principes jurisprudentiels concernant l'application de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* s'appliquent *mutatis mutandis* à l'article 52 de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* lequel lui attribue un statut prééminent sur toute autre disposition législative. Voir : *Guimond c. Procureur général du Québec*, [1996] 3 R.C.S. 347. Voir aussi : *Ford c. Québec (Procureur général)*, *supra*, note 67 et *Devine c. Québec (Procureur général)*, *supra*, note 67.

77. *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Cooper c. Canada (CDP)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, *supra*, note 61; *Nouvelle-Écosse (Worker's Compensation Board) c. Martin*, *supra*, note 61.

78. *Nouvelle-Écosse (Worker's Compensation Board) c. Martin*, *supra*, note 61.

79. *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Home Realty and Development Co. c. Corporation of the Village of Wyoming*, [1980] 2 R.C.S. 1011.

80. L'*habeas corpus* est garanti formellement par l'article 10 de la *Charte canadienne*.

permet l'exercice d'un recours en contestation devant le TAQ de toute décision relative à l'admissibilité à l'école anglaise⁸¹. Ce processus administratif doit être suivi par les parties et respecté par la Cour supérieure. C'est même pour l'individu un droit que de demander alors au TAQ qu'il se prononce sur une question constitutionnelle. Une décision rendue ainsi par le TAQ est sujette à la norme de la décision correcte si elle est contestée devant la Cour supérieure et il ne faut s'attendre à aucune retenue de la part de cette dernière. À notre avis, on peut anticiper que l'approche qualitative adoptée par la Cour suprême dans l'arrêt *Solski* donne lieu à des interventions répétées des tribunaux supérieurs⁸². Ces derniers seront appelés à fixer les paramètres d'application de cette approche et serviront donc de fondements sur lesquels devront s'appuyer les décisions des autorités québécoises et du TAQ. Tant que ces paramètres ne seront pas fixés par la voie judiciaire, il y a tout lieu de croire que l'interprétation qualitative générera plus d'incertitudes que de certitudes.

D. L'ASYMÉTRIE LINGUISTIQUE

21. Dès la création de la fédération canadienne, la *Loi constitutionnelle de 1867* a mis à la charge de la province de Québec des obligations linguistiques que n'ont pas d'autres provinces⁸³. Au plan juridique, l'asymétrie linguistique ne date donc pas d'hier; en fait, c'est la diversité qui caractérise aujourd'hui le régime linguistique canadien tant les droits et obligations, d'origine constitutionnelle ou législative, varient d'une province à l'autre⁸⁴. L'article 23 de la *Charte canadienne* est quant à lui la seule disposition linguistique constitutionnelle qui trouve application sur l'ensemble du territoire canadien et dont la mise en œuvre s'impose à toutes les provinces et territoires. Il

81. *Supra*, note 5, art. 83.4. Ce recours s'exerce dans les 60 jours de la notification de la décision.

82. Voir *infra* par. 22 à 24.

83. Voir l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

84. Pour une analyse de ce régime, voir : *Les droits linguistiques au Canada*, *supra*, note 24.

confère en principe des droits linguistiques identiques. Mais dans les arrêts *Gosselin* et *Solski*, la Cour suprême atténue cette affirmation. D'abord, l'article 59 de la *Loi constitutionnelle de 1982* écarte, mais dans la seule province de Québec, l'application du critère de la langue maternelle (article 23(1)a)). Au Québec, ce sont la langue d'instruction des parents (article 23(1)b)) et celle de l'instruction des enfants (article 23(2)) qui fondent l'exercice des droits scolaires constitutionnels. Un immigrant de langue maternelle anglaise qui a obtenu la citoyenneté canadienne et qui réside au Québec ne peut y prétendre. En 1984, la Cour suprême avait expliqué que la présence de l'article 59 visait à calmer les inquiétudes exprimées au Québec à propos de l'immigration (qui choisissait massivement l'anglais) et de son statut minoritaire à l'échelle continentale⁸⁵. Aujourd'hui, la Cour ajoute qu'au moyen de l'article 59, le constituant a voulu écarter pour le Québec la solution du libre choix de la langue dans l'enseignement⁸⁶. À l'inverse, on peut aussi prétendre que le critère de la langue maternelle peut être utilisé de façon à maintenir au moyen de l'apport de l'immigration les minorités francophones hors Québec et à permettre la réintégration des francophones qui, à cause de l'assimilation, ont perdu leur langue maternelle⁸⁷. En deuxième lieu, on sait que l'application de l'article 23 commande une approche contextuelle. À cet égard, la Cour note les disparités importantes qui existent entre le réseau scolaire anglophone du Québec, plus développé et attrayant, et celui des francophones hors Québec. L'asymétrie est ici historique et institutionnelle. Enfin, dans chaque cas la Cour se déclare sensible à la dimension particulière que revêt la langue au Québec. Son double statut, élément francophone majoritaire au plan provincial et minoritaire aux plans canadien et nord-américain (et ajoutons l'inverse pour l'élément anglophone du Québec) y rend délicat tout aménagement linguistique. L'article 23 accorde des droits individuels aux membres des deux communautés de langues officielles; au plan collectif, cela n'est pas sans avoir d'impact sur la percep-

85. *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, *supra*, note 2, p. 82.

86. Arrêt *Solski*, *supra*, note 4, par. 8.

87. M. POWER, P. FOUCHER, *supra*, art. 24, p. 429-431, la langue maternelle étant la première langue apprise et encore comprise.

tion que, par exemple, ont les Québécois francophones sur leur place et leur rôle au Canada⁸⁸. Dans les arrêts *Ford* et *Devine*, la Cour suprême avait reconnu que la protection et la promotion de la langue française au Québec constituent des objectifs législatifs importants et légitimes de sorte que des mesures pour veiller à ce que le visage linguistique de cette province corresponde à cette réalité peuvent être prises⁸⁹. Dans l'arrêt *Solski*, la Cour suprême réitère sa sensibilité à cette dimension. Mais elle ajoute plus loin que les autorités publiques et les tribunaux doivent, lorsqu'ils vérifient l'admissibilité d'un élève à l'école anglaise, considérer si son cheminement scolaire cadre avec les objets de l'article 23 et en particulier, avec le besoin « de protéger et de renforcer la communauté linguistique minoritaire »⁹⁰. Au Québec, renforcer l'anglais se fait-il au détriment du français ou à l'inverse, renforcer le français se fait-il au détriment de l'anglais? Voilà donc une tâche difficile et délicate qui attend le gouvernement québécois puisque selon la Cour, il revient aux gouvernements de s'assurer que les inscriptions à l'école de la minorité répondent aux critères applicables⁹¹. Il faut comprendre qu'il ne s'agit pas là d'un aspect relevant exclusivement du droit de gestion de la minorité. Mais il reste évidemment que la discrétion des autorités dans ce domaine est assujettie à l'article 23⁹². Lorsqu'il s'agit d'une question constitutionnelle, une cour supérieure n'a pas à faire preuve de retenue à l'égard d'une décision émanant de l'Administration.

88. Arrêt *Solski*, *supra*, note 4, par. 6.

89. *Supra*, note 67. Mais l'imposition de l'emploi exclusif du français dans l'affichage commercial fut jugée disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi. La Cour suprême suggéra qu'une mesure imposant la prédominance du français est quant à elle justifiable au sens de l'article 1 de la *Charte canadienne*. Le faible taux de natalité des francophones au Québec, l'assimilation et la diminution de la population francophone hors Québec, l'assimilation élevée à l'anglais de l'immigration au Québec et la place prépondérante qu'occupe l'anglais dans les affaires au Québec ont fondé la décision de la Cour.

90. Arrêt *Solski*, *supra*, note 28, par. 27 et 34.

91. *Ibid.*, par. 28. Rien n'empêche la délégation de cette responsabilité aux représentants de la minorité comme c'est en partie le cas en Ontario. Voir *supra*, note 9.

92. En particulier, la discrétion gouvernementale est restreinte par le caractère réparateur de l'article 23, les besoins particuliers de la minorité et le droit exclusif de gérer ses programmes d'enseignement et ses propres établissements. Voir : *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, *supra*, note 2 et l'arrêt *Solski*, *supra*, note 4, par. 8.

Mais à notre avis, l'asymétrie linguistique commande dans le cas de l'application de l'article 23 au Québec, que l'analyse judiciaire fasse preuve, si ce n'est de réserve, des nuances qui s'imposent.

E. L'APPROCHE QUALITATIVE

22. Pour être compatible avec l'article 23 de la *Charte canadienne*, l'interprétation de l'expression « majeure partie » contenue dans l'article 73 de la *CLF* doit être atténuée et s'appuyer sur une approche qualitative. Les autorités québécoises ont considéré uniquement le nombre de mois passés par un élève à étudier en français ou en anglais au niveau primaire ou secondaire, mais non les deux, pour vérifier l'existence d'un lien suffisant entre cet élève et la minorité anglophone. Cette approche strictement mathématique ou quantitative est objective et elle empêcherait les élèves francophones et allophones de recevoir un traitement que la Constitution réserve à la minorité anglophone⁹³. Pour la Cour suprême dans l'arrêt *Solski*, cette approche n'est pas compatible avec l'interprétation qui sied à l'article 23 et ne cadre pas avec ses objets et son caractère réparateur. D'abord, l'approche manque de souplesse et ne tient pas compte d'autres facteurs comme l'existence ou non d'un programme d'instruction dans la langue de la minorité ou les difficultés d'apprentissage d'un élève. Puis, la catégorie d'ayants droit relative à la langue d'enseignement des parents énoncée à l'article 23(1)b) et celle de l'article 23(2) relative à la langue d'instruction des enfants doivent recevoir la même interprétation. Ces catégories sont établies indépendamment (a) de la langue des parents ou des enfants, (b) de la langue parlée à la maison, (c) du fait que ni les parents ni les enfants n'appartiennent à la minorité de langue officielle ou (d) de la connaissance pratique ou non de la langue de la minorité par l'enfant. L'article 23 est le reflet du choix des néo-Canadiens d'adopter la langue officielle de leur choix ou les deux. Il doit aussi servir à faciliter la réintégration des enfants qui ont été isolés de leur communauté culturelle d'origine comme les

93. *Id.*, par. 25-26.

enfants des francophones hors Québec pour qui l'anglais a été la langue d'instruction et qui néanmoins, ont pu avoir conservé un lien suffisant avec leur minorité⁹⁴.

23. Le rejet d'une approche strictement quantitative rend donc susceptibles d'être déclarées inconstitutionnelles les dispositions législatives, comme celles du Manitoba, qui insistent ainsi sur le seul critère numérique⁹⁵. L'approche adoptée par la Cour suprême n'étonne pas. La Cour n'aime pas la formule des nombres exacts. Elle a ainsi refusé d'interpréter l'article 23 comme conférant trois droits distincts pour y préférer la méthode du critère variable⁹⁶. On sait aussi que selon l'article 23, la création d'un programme d'instruction dans la langue de la minorité dispensé dans un établissement géré par cette minorité est assujettie au critère de la justification par le nombre. Or, la justification par le nombre renvoie pour la Cour non pas à un chiffre exact mais approximatif, se situant entre la demande actuelle et la demande potentielle et qui appelle la considération d'autres facteurs comme le caractère approprié des services éducatifs et les coûts⁹⁷. Bref, la Cour veut éviter toute formule rigide dans laquelle l'établissement d'un chiffre constituerait la pierre d'assise de l'exercice de droits constitutionnels. Par ailleurs, l'analyse à laquelle s'adonne la Cour permet d'identifier les ayants droit relatifs à la langue d'instruction des parents et des enfants de la façon la plus généreuse possible. Le mérite de cette approche est de permettre de combattre, là où c'est possible, les ravages causés par l'assimilation chez la plupart des minorités francophones du Canada; elle permet aussi l'adhésion la plus large possible à ces communautés. Cette vision généreuse s'éloigne toutefois de la réalité québécoise où contrairement et historiquement, le réseau scolaire anglais a été bien développé, où l'assimilation des membres de la minorité

94. *Id.*, par. 31 à 36 et par. 44.

95. *Supra*, note 8.

96. *Mahé c. Alberta*, *supra*, note 2 et par. 5.

97. *Ibid.* Déjà dans l'arrêt *SANB c. Minority Language School Board No 50*, *supra*, note 73, la Cour du banc de la reine du Nouveau-Brunswick avait jugé que l'établissement à l'avance dans une loi d'un nombre minimal d'enfants pour que l'instruction dans la langue de la minorité puisse être offerte est arbitraire et incompatible avec l'article 23 de la *Charte canadienne*. Voir aussi : A. BRAËN, *La décision de la Cour suprême dans l'arrêt Mahé*, *supra*, note 10.

anglophone reste peu significative et où, même aujourd'hui, l'anglais est adopté par une partie importante de l'immigration⁹⁸. L'asymétrie est une donnée importante de la problématique linguistique canadienne. Si la Cour suprême se déclare sensible à cette réalité dans les arrêts *Gosselin* et *Solski*, sa sensibilité s'estompe dans cette dernière affaire. C'est comme si la Cour semblait davantage préoccupée à fonder une interprétation uniforme qui tienne compte davantage de la réalité des minorités francophones du Canada que du seul cas de l'accès à l'école anglaise du Québec et ce, malgré les quelques rappels que la Cour fait justement à cette asymétrie⁹⁹. C'est ce qui étonne.

24. L'interprétation qualitative commande une évaluation qui soit à la fois objective et subjective du cheminement scolaire de l'élève dont on se demande s'il est admissible, dans notre cas, à l'école anglaise au Québec. L'examen permettra de vérifier s'il existe, selon les mots de la Cour, « une preuve d'engagement authentique à cheminer dans la langue d'enseignement minoritaire »¹⁰⁰. Au plan objectif, on l'a vu, les autorités doivent vérifier si l'inscription de l'élève cadre avec les objets de l'article 23 et particulièrement, avec le besoin de protéger et de renforcer la minorité anglophone du Québec. Au plan subjectif, c'est le cheminement scolaire complet de l'élève qui doit être considéré et qui oriente l'évaluation en fonction des quatre facteurs identifiés par la Cour. Leur importance variera selon les circonstances et la Cour reconnaît que d'autres facteurs pourraient éventuellement s'ajouter. Le critère de la durée de l'instruction dans la langue de la minorité doit tenir compte de l'ensemble du programme suivi (primaire et secondaire s'il y a lieu)¹⁰¹. En principe donc, plus le temps passé à l'école anglaise est long, plus il est facile d'établir un lien entre l'élève et l'anglais comme langue d'enseignement. Mais contrairement à l'approche des autorités québécoises et qui la rendait incompatible avec l'article 23, ce

98. Voir STATISTIQUE CANADA, *supra*, note 23.

99. Dans l'arrêt *Solski*, la Cour reconnaît que la situation des élèves qui déménagent au Québec est unique et elle répète qu'on doit tenir compte des disparités réelles existant entre les minorités de langues officielles. Voir *supra*, note 4, par. 44.

100. *Id.*, par. 47.

101. Dans le cas de la langue d'instruction des parents, nous croyons que seul le niveau primaire doit être considéré compte tenu de la différence des libellés des articles 23(1b) et 23(2).

seul facteur quantitatif ne saurait être exclusif ni déterminant puisque d'autres facteurs peuvent l'atténuer ou s'y ajouter dépendamment du moment où le choix de la langue d'enseignement a été fait, de l'existence d'un programme d'instruction dans la langue de la minorité et de la présence de difficultés d'apprentissage (celle-ci étant déjà prévue à l'article 81 de la *CLF*). La constatation de ces facteurs est un processus objectif mais leur évaluation est quant à elle subjective puisqu'il s'agit de vérifier s'il existe un lien suffisant rattachant l'élève à la langue d'enseignement minoritaire. Et c'est ici que l'élément intentionnel de l'élève entre en considération. Dans les cas limites, par exemple celui où l'élève a fréquenté l'école anglaise durant une courte période de six mois à un an, il ne sera pas aisé d'établir cet élément intentionnel d'autant plus que si le libre choix de la langue d'enseignement n'existe pas, l'adhésion de l'individu à l'une ou l'autre communauté linguistique reste quant à elle un geste libre. À cet égard, quelle sera la valeur que les autorités et les tribunaux devront accorder à cette intention? Les articles 23(1)b) et 23(2) n'indiquent pas de période de temps minimale lorsqu'ils renvoient à la langue d'instruction des parents ou des enfants. La démarche adoptée par la Cour suprême lui sert évidemment à interpréter l'article 73 de la *CLF* d'une manière compatible avec l'article 23 de la *Charte canadienne*. Elle sert aussi à définir les paramètres d'application de ce dernier sur l'ensemble du territoire canadien et d'identification des ayants droit qui y sont désignés. Voilà ce qui explique à notre avis les nombreux renvois à la situation des minorités francophones hors Québec.

F. LE LIBRE CHOIX

25. Comme principe directeur, l'article 23 de la *Charte canadienne* interdit au législateur de conférer le libre choix de la langue d'enseignement. D'abord, parce que le libre choix mettrait en péril l'homogénéité linguistique qui doit caractériser un établissement d'enseignement de la minorité; les élèves de la minorité pourraient en effet être submergés par ceux de la majorité. Puis, parce que le libre choix remettrait en cause le droit exclusif de gestion que la minorité exerce à l'endroit de ses établissements; les parents des élèves de la majorité fréquentant

les écoles de la minorité voudraient sûrement asseoir leurs représentants au sein des comités ou organismes de gestion. Au Québec, l'article 59 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui écarte l'application du critère de la langue maternelle est interprété par la Cour suprême comme interdisant le libre choix de la langue d'enseignement. La *CLF* précise que des classes maternelles aux écoles primaires et secondaires, l'enseignement se donne en français. Cela vaut autant pour les établissements publics que pour les établissements d'enseignement privés agréés aux fins de subventions selon la *Loi sur l'enseignement privé*¹⁰². L'enseignement en anglais est réservé aux ayants droit définis aux articles 23(1)b) et 23(2) de la *Charte canadienne*. Les élèves qui rencontrent des difficultés d'apprentissage, dont le séjour au Québec est temporaire ou encore, qui souffrent d'une situation grave d'ordre familial ou humanitaire peuvent aussi recevoir l'autorisation d'avoir leur enseignement dispensé en anglais¹⁰³. Dans ce dernier cas, le législateur a ajouté au minimum déjà prescrit par l'article 23 et les droits additionnels ne jouissent donc pas en principe de protection constitutionnelle. Mais le libre choix de la langue d'enseignement existe à deux niveaux. En premier lieu, les ayants droit définis à l'article 23 jouissent au plan constitutionnel du libre choix. En effet, dans la mesure où ils ne veulent pas exercer leurs droits scolaires constitutionnels, ils restent libres de diriger leurs enfants vers les écoles de la majorité. Au Québec, moins de 10 % des ayants droit envoient leurs enfants à l'école française. Ailleurs au Canada, en moyenne 68 % des ayants droit exercent leurs droits scolaires et ce pourcentage varie beaucoup d'une province à l'autre; en Saskatchewan, par exemple, moins de 25 % exercent leurs droits scolaires et envoient leurs enfants à l'école française¹⁰⁴. En deuxième lieu et puisque l'article 23 confère des droits scolaires dont l'exercice est financé à même les fonds publics, rien n'interdit aux parents du Québec d'envoyer leurs enfants dans des écoles privées anglaises non subventionnées.

102. L.R.Q., c. E-9.1. Voir l'art. 72 de la *CLF*, *supra*, note 5.

103. *Id.*, art. 81, 85 et 85.1.

104. Voir : R. LANDRY, *Libérer le potentiel caché de l'exogamie, étude réalisée par la Commission nationale des parents francophones*, oct. 2003, Institut canadien de

26. Au plan individuel, un locuteur a toute liberté de choisir la langue dans laquelle il veut, dans la sphère privée, communiquer. Dans ce domaine, la liberté est absolue. Si le libre choix de la langue d'enseignement n'existe pas, l'individu reste par ailleurs libre d'adhérer à la communauté de langue officielle de son choix. Cette dimension est importante au Canada tant pour l'immigration que pour une minorité linguistique. Dans l'arrêt *Beaulac*¹⁰⁵, un accusé avait réclamé la tenue en français de son procès devant les tribunaux de la Colombie-Britannique conformément à l'article 530 du *Code criminel*. L'autorisation lui avait été refusée au motif, entre autres, qu'il était bilingue et donc capable de subir son procès en anglais. La Cour suprême avait quant à elle jugé que cet article confère à tout accusé le droit absolu de choisir d'avoir son procès dans la langue officielle de son choix. Pour la Cour, il est de plus en plus difficile de définir la langue d'un individu dans une société multiculturelle: est-ce la langue habituelle, la langue maternelle, la langue préférée, celle des études, celle parlée à la maison... ? Puisque l'article 530 a pour objet de donner un accès égal aux accusés qui parlent l'une des langues officielles du Canada afin d'aider les minorités de langues officielles à préserver leur identité culturelle, l'accusé possède le droit de choisir celle avec laquelle il a des liens suffisants et, selon la Cour, ce peut ne pas être sa

recherches sur les minorités linguistiques, Moncton, disponible sur le site internet : http://cnpf.ca/documents/Exogamie,_potentiel_10dec.03.pdf; J. JEDWAB, *Vers l'avant: l'évaluation de la communauté d'expression anglaise du Québec*, Commissariat aux langues officielles, 2004, et disponible [En ligne]. www.ocol-clo.gc.ca/archives/sst_es/2004/jedwab/jedwab_2004_f.htm; A. MARTEL, *Droits, écoles et communautés en milieu minoritaire: 1982-2002 Analyse pour un aménagement du français par l'éducation*, Commissariat aux langues officielles, 2001 et disponible [En ligne]. www.ocol-clo.gc.ca/archives/sst_es/2001/rights_droits/rights_droits_2001f.htm. Pour le nombre d'élèves qui fréquentent les écoles en milieu minoritaire, on pourra aussi consulter le site de Patrimoine Canada [En ligne]. http://pch.gc.ca/progs/lo-ol/pubs/index_f.cfm. Pour le Québec, voir le site du ministère de l'Éducation du Québec [En ligne]. www.meq.gouv.qc.ca/stat/Stat_det/PPS_eff.htm.

105. [1988] 2 R.C.S. 217. L'article 530 C.cr. confère à tout accusé le droit d'avoir son procès tenu dans la langue officielle de son choix. Pour un commentaire de l'arrêt *Mahé*, voir : A. BRAËN, *L'interprétation judiciaire des droits linguistiques au Canada et l'affaire Beaulac*, [1998] 29 R.G.D. 379.

langue maternelle¹⁰⁶. Au Québec dans le domaine scolaire, des francophones et allophones peuvent tout à fait librement adhérer à la communauté anglophone. La question qui se pose est de savoir si le Québec doit financer cette adhésion en leur ouvrant la porte à l'école anglaise. Selon les arrêts *Gosselin* et *Solski*, le libre choix de la langue d'enseignement n'existe pas et seuls les francophones ou allophones ayants droit au sens de l'article 23 de la *Charte canadienne* peuvent légalement exercer ce choix¹⁰⁷. Mais l'insistance que la Cour met dans l'arrêt *Solski* sur l'élément intentionnel pour déterminer l'existence du lien qui doit rattacher l'élève à la langue d'enseignement minoritaire ouvrira-t-elle une brèche à cet égard?

G. L'ÉCOLE PRIVÉE

27. En 2002, l'Assemblée nationale du Québec modifiait la *CLF* de sorte que pour déterminer l'admissibilité d'un élève à l'école anglaise, il ne soit pas tenu compte de l'enseignement reçu en anglais dans une école privée non subventionnée ou à la suite d'une autorisation délivrée à un élève ayant des difficultés d'apprentissage ou étant dans une situation familiale ou humanitaire grave ou encore, dont le séjour au Québec est temporaire¹⁰⁸. Dans l'arrêt *Solski*, la Cour suprême a jugé que le critère applicable pour la période qui a précédé ces modifications législatives est la preuve d'un engagement à cheminer dans la langue d'instruction de la minorité peu importe comment il a pris naissance¹⁰⁹. Avant 2002, les autorités québécoises tenaient compte en effet du temps passé dans de tels établissements. Le procureur général du Québec craignait qu'en perpétuant cette pratique, l'on en vienne à créer une situation d'accès quasi automatique à l'école

106. *Id.*, p. 795-777.

107. Au Québec, la hausse des effectifs dans les écoles anglaises est due en grande partie aux parents francophones qui y envoient leurs enfants. Ces parents sont des ayants droit au sens de l'article 23 de la *Charte canadienne*. Par exemple, pour l'année scolaire 2002-2003, sur un total de 122 834 élèves inscrits dans les écoles anglaises du Québec, 20 354 étaient de langue maternelle française, 25 662 allophones et 76 818 de langue maternelle anglaise. Voir J. JEDWAB, *supra*, note 104.

108. *Supra*, note 7.

109. *Supra*, note 4, par. 54.

anglaise en faveur des élèves bien nantis. La Cour a répliqué que puisque la constitutionnalité des modifications apportées à la *CLF* n'avait pas été soulevée, elle n'avait donc pas à y répondre. Toutefois, elle a pris soin de préciser que d'autres considérations interviennent à la suite de ces modifications législatives lesquelles seront reconsidérées « en temps utile » par la Cour¹¹⁰.

28. Le processus d'examen est déjà bien engagé. Dans le cadre d'un recours en contestation (auquel se sont joints 134 autres recours) devant le TAQ, ce dernier a jugé en novembre 2004 que les modifications en question sont tout à fait compatibles avec l'article 23 de la *Charte canadienne*¹¹¹. Selon la preuve déposée devant le TAQ, si de 1982 à 1989, 608 élèves (dont les frères et sœurs) avaient reçu un certificat d'admissibilité à l'école anglaise après un court passage dans une école privée non subventionnée, entre 1998 et 2002, ce chiffre avait grimpé à 4950¹¹², soit 5 % du total des effectifs du réseau scolaire anglophone du Québec. Plusieurs de ces établissements soulignaient d'ailleurs dans leur publicité que leur enseignement ouvrait la porte à l'école anglaise... L'on notait aussi une diminution spectaculaire du nombre d'inscriptions à ces établissements lors du passage de la première année primaire à la seconde. Pour le TAQ, c'est là un processus d'autoqualification au statut d'ayants droit qui permet aux plus riches de s'acheter des droits scolaires constitutionnels et qui ne cadre ni avec les objets de l'article 23, ni avec l'intention du constituant.

29. Il reviendra évidemment aux tribunaux judiciaires de déterminer la validité constitutionnelle des modifications législatives apportées par Québec en 2002 à la *CLF* pour freiner le passage de l'école privée non subventionnée vers le réseau public anglophone. L'école anglaise exerce un attrait considérable au Québec pour plusieurs francophones et allophones qui désirent que leurs enfants deviennent bilingues ou plus simplement, s'associent sinon s'assimilent à la com-

110. *Ibid.*

111. *T... B... c. Ministre de l'éducation et le Procureur général du Québec*, TAQ, section des affaires sociales, #SAS-M-083990-0304, le 13 novembre 2003. Les décisions du TAQ sont disponibles par internet [En ligne]. www.jugements.qc.ca.

112. De ce chiffre, 16 % étaient de langue maternelle anglaise, 17 % de langue maternelle française et 64 % étaient des allophones. Voir par. 76 et 151 de la décision.

munauté anglophone. Depuis l'an 2000, l'on assiste à une croissance, modeste mais réelle des effectifs du réseau scolaire anglophone alors que c'est le contraire qui se produit du côté francophone¹¹³. L'évaluation qualitative mise de l'avant par la Cour suprême doit tenir compte du cheminement scolaire complet d'un élève afin de déterminer l'intention de ce dernier de cheminer dans la langue d'instruction de la minorité. En principe donc, que ce cheminement passe par l'école publique ou privée, subventionnée ou pas, peu importe puisque c'est l'élément intentionnel qui compte. L'article 23(2) de la *Charte canadienne* ne tient pas compte de la langue maternelle des parents ou des enfants ou encore, de la connaissance pratique ou non par l'enfant de la langue d'instruction minoritaire. Par ailleurs, c'est la province qui possède la compétence exclusive de légiférer en matière d'éducation, y compris sur les aspects linguistiques¹¹⁴. À cet égard, la seule limitation applicable est de nature constitutionnelle et provient en particulier, de l'article 23 dont elle a la responsabilité de la mise en œuvre. Aussi et à notre avis, l'évaluation qualitative doit s'entendre du cheminement de l'élève à l'intérieur d'un programme régulier et reconnu par les autorités compétentes et dont le financement est totalement ou en partie public. Les autorisations accordées avant 2002 l'ont été dans le cadre d'un contexte légal qui a depuis été modifié. En ce faisant, le Québec n'a fait qu'exercer la compétence qui est la sienne dans ce domaine sans pour autant modifier la catégorie d'ayants droit prévue à l'article 23(2). Bref, l'addition a été retranchée et on ne peut aujourd'hui interpréter l'élément intentionnel de l'approche qualitative comme permettant une certaine situation de libre choix de la langue d'enseignement pour les bien nantis, d'autant plus que le libre choix dans ce domaine a été écarté par le constituant. C'est peut-être dans cet esprit que la Cour

113. Voir les données statistiques de la fréquentation scolaire sur le site du ministère de l'Éducation du Québec [En ligne]. www.meq.gouv.qc.ca/stat/Stat_det/PPS_eff.htm. Il faut souligner toutefois que le secteur anglophone avait connu une baisse significative de ses inscriptions après l'adoption de la *CLF* en 1977 puisqu'à partir de ce moment, les enfants d'immigrants ont été dirigés vers le secteur francophone.

114. Art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La compétence sur la langue est ici accessoire à l'exercice de la compétence principale en matière d'éducation.

rappelle dans l'arrêt *Solski* que l'un des objets de l'article 23(2) vise à ce que « l'enfant qui est légalement inscrit à un programme d'enseignement reconnu et qui le suit régulièrement doit être en mesure de poursuivre ses études dans la même langue » (nos soulignés)¹¹⁵.

CONCLUSION

30. L'intervention de la Cour suprême pour écarter de la définition des ayants droit scolaires un examen exclusivement quantitatif n'étonne donc pas tant la Cour a toujours refusé d'asseoir l'exercice de droits constitutionnels sur une formule mathématique. L'approche qualitative qu'elle y substitue est généreuse et convient particulièrement aux minorités francophones hors Québec en insistant sur le caractère réparateur et les objets de l'article 23 de la *Charte canadienne*. Mais à notre avis, la situation est tout autre en ce qui concerne l'accès à l'école anglaise au Québec et l'application de cette approche y pose des défis surtout compte tenu de l'asymétrie linguistique existante. Après avoir écarté dans un premier temps le libre choix de la langue d'enseignement et constaté cette asymétrie, la Cour met l'emphase sur l'intention de l'élève de cheminer dans la langue d'instruction minoritaire. Faudra-t-il faire abstraction du libre choix de l'individu à une langue officielle donnée et à une communauté de langue officielle donnée pour constater cet élément intentionnel? Le cadre d'application de l'approche qualitative reste donc à être précisé autant pour les autorités publiques, le TAQ et les tribunaux judiciaires. La Cour suprême s'attendait à être éventuellement saisie de la constitutionnalité des modifications à la *CLF* relatives à l'école privée. C'est peut-être ce qui explique son imprécision dans l'arrêt *Solski*.

31. Deux communautés linguistiques coexistent au Québec. Ce sont deux communautés aujourd'hui plurielles qui, pour des raisons évidemment divergentes, se sentent menacées dans leur développement, si ce n'est dans leur existence même¹¹⁶. Au moment de l'adoption de la *CLF* en 1977,

115. *Supra*, note 4, par. 47.

116. J. JEDWAB, *supra*, note 104.

l'objectif était de faire du français la langue commune du Québec. Force est de constater, presque 30 ans plus tard, que malgré une visibilité accrue et surtout dans la région de Montréal, le français reste la langue de la majorité. Plus que de contrainte, c'est définitivement de promotion dont la langue française a besoin au Québec. Comment la Cour suprême fera-t-elle dans un contexte où à la fois, la langue de la majorité et celle de la minorité doivent être promues? C'est à suivre!

André Braën
Faculté de droit,
Section de droit civil
Université d'Ottawa
OTTAWA (Ont.) K1N 6N5
Tél. : (613) 562-5800, poste 3090
Télec. : (613) 562-5121
Andre.Braen@uottawa.ca