



Observatoire
international
des droits
linguistiques

Revue de droit linguistique

volume 1



UNIVERSITÉ DE MONCTON
CAMPUS DE MONCTON

Faculté de droit

droitslinguistiques.ca

Qui se marie prend pays : le divorce exogame, la garde des enfants et le droit constitutionnel à l'instruction dans la langue de la minorité

François Larocque et Mark Power[†]

Introduction

Les origines du proverbe « *Qui prend mari prend pays* » demeurent nébuleuses¹. Il exprime généralement l'obligation qu'avait la femme dans certaines sociétés de s'accommoder de la vie et des attributs de son mari². Au 21^e siècle, cet adage se prête commutativement aux deux sexes³ et s'emploie à plusieurs sauces pour décrire généralement – quoique encore de manière assez fataliste – l'obligation des époux d'assumer les conséquences de leur choix de conjoint. En droit canadien, on le retrouve fréquemment cité dans la jurisprudence⁴ et la doctrine⁵ pour évoquer certaines incidences historiques du mariage et du colonialisme sur les

[†] François Larocque est professeur au Programme de common law en français de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Mark C. Power est avocat et chargé de cours au Programme de common law en français de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Les auteurs remercient Marielle Milot pour son assistance à la recherche, Maîtres Jo-Anne Thibodeau et Dawn Bourque pour leurs conseils, ainsi que le Programme d'appui aux droits linguistiques.

¹ Pierre DesRuisseaux, *Le livre des proverbes québécois*, Montréal, Hurtibise HMH, 1978 à la p 149.

² Albert Valdman et al, *Dictionary of Louisiana French as Spoken in Cajun, Creole and American Indian Communities*, Jackson, University Press of Mississippi, 2010 à la p 386.

³ Alec Gastonguay, « Qui prend femme prend pays » *Le Devoir* (14 juillet 2008) ; Andrée Côté, Michèle Kérisit, Marie-Louise Côté, *Qui prend pays... : L'impact du parrainage sur les droits à l'égalité des femmes immigrantes*, Condition féminine du Canada, 2001, Publications Canada, en ligne : <<http://publications.gc.ca/collections/Collection/SW21-54-2000F.pdf>>.

⁴ Voir notamment *Bande de Sawridge c Canada*, [1995] ACF n° 1013 aux para 98-117, [1995] 4 CNLR 121 (1^{ère} inst) où la Cour fédérale discute de la preuve historique portant sur les coutumes ancestrales des bandes Sawbridge, Ermineskin et Sarcis. Au para 98, la Cour résume les prétentions des parties, à l'effet notamment « que les communautés autochtones demanderesse ont, depuis les temps ancestraux, décidé qui étaient leurs membres dans leurs territoires, selon leurs coutumes traditionnelles, notamment celles voulant que *la femme qui prend mari prend pays* ». Le dicton est employé dans divers envols de style judiciaire dans les affaires *Taylor c Canada (MCI)*, [2006] ACF n° 1328 au para 75, 2006 CF 1053 (1^{ère} inst) ; *JF c MB*, [2003] JQ n° 8521 au para 2, [2003] RDF 630 (CS) ; *VA c SF*, [2000] JQ n° 5556 au para 9, [2001] RJQ 36 (CA) ; *GN c ML*, [1998] JQ n° 4692 au para 51 (CS) ; *LA c MV*, [1991] JQ n° 247 au para 8, [1991] RDF 145 (CA).

⁵ Sébastien Grammond, « La mémoire du colonialisme et les droits des autochtones au Canada » dans Serge Jaumin et Éric Remacle, dir, *Mémoire de guerre et construction de la paix*, Bruxelles, P.I.E-Peter Lang, 2006, 117 qui l'évoque pour qualifier les dispositions discriminatoires de la *Loi sur les indiens* qui faisaient en sorte qu'une femme autochtone qui mariait un homme non-autochtone perdait son statut en vertu de la loi. Pour sa part, l'homme autochtone pouvait transmettre son statut d'Indien à sa femme non-autochtone. Ce régime, comme l'indique Grammond à la p 122, « s'agissait en quelque sorte d'une traduction juridique de l'adage '*qui prend mari prend pays*' ». Voir aussi Nicholas Kassirer, « The Dance is One » dans Silvio Normand, dir, *Mélanges offerts au professeur François Frénette : études portant sur le droit patrimonial*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2006, 13 à la p 19 où le dicton est employé pour décrire les incidences du concept de *vie commune* dans l'ancien *Code civil du Bas-Canada*, LQ 1971, c 84 et, notamment, l'article 23 qui prévoyait la naturalisation de la ressortissante étrangère qui mariait un sujet britannique, adoptant ainsi littéralement le pays

conjointes et leurs rapports à l'État. Pour les fins de cet article, toutefois, il sera question de droits linguistiques et culturels et, plus spécifiquement, de l'impératif de leur protection dans le sillon du divorce.

S'il est vrai, comme le veut le dicton, que quiconque se marie prend pays, que se passe-t-il lorsque des conjoints linguistiquement exogames⁶ se divorcent et que le « pays » en question est le Canada, un pays ayant deux langues officielles et une Constitution qui protège le droit des communautés de langue officielle de faire instruire leurs enfants dans leur langue ? L'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷ (« Charte ») revêt un caractère réparateur pour les communautés de langue officielle en situation minoritaire en leur garantissant le droit à l'éducation primaire et secondaire dans leur langue⁸. Cette disposition constitutionnelle se distingue de par sa portée collective et intergénérationnelle : elle accorde au citoyen canadien des droits dont ses enfants, ses descendants et sa communauté linguistique sont les principaux bénéficiaires. Or, avec un taux d'exogamie national aussi élevé⁹, un nombre croissant de séparations et de divorces¹⁰ et d'ententes parentales en matière d'éducation des enfants¹¹, il sied de s'interroger sur l'application de l'article 23 dans le contexte des ordonnances de garde lorsque les conjoints exogames ne parviennent pas à s'entendre sur la langue d'instruction de leurs enfants.

de son mari. Voir aussi Lucie Lequin et Maïr Verthuy, *Multi-culture, multi-écriture : la voix migrante au féminin en France et au Canada*, Paris, L'Harmattan, 1996 à la p 1 où les auteures évoquent l'ancien dicton pour décrire le rapport traditionnel des femmes à l'État et le principe voulant que leur identité et citoyenneté étaient tributaires de celles de leur père ou de leur mari.

⁶ Quoique le terme « exogame » revêt plusieurs acceptions, au Canada il réfère généralement au mariage ou l'union de fait entre francophones et anglophones. Phillis Dalley, « Héritiers de mariage mixtes : possibilités identitaires » (2006) 34 *Éducation et francophonie* 82 à la p 86.

⁷ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11 [*Charte*].

⁸ Voir Pierre Foucher et Mark Power, « Les droits linguistiques en matière scolaire » dans Michel Bastarache, dir, *Les droits linguistiques au Canada*, 2^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2004 à la p 415 [Foucher et Power]. L'éducation qui est garantie par la *Charte* semble être l'éducation primaire et secondaire. Il existe encore un débat au sujet de l'accès à des écoles maternelles dans la langue de la minorité. Voir à ce sujet : *Association des Parents ayants droit de Yellowknife et al c Procureur Général des Territoires du Nord-Ouest et al*, 2012 CSTN-O 43 aux para 754-60, 2012 CarswellNWT 41.

⁹ En 1997, le taux d'exogamie atteignait 21 % au Nouveau-Brunswick, 52 % en Ontario, 58 % au Manitoba, et plus de 70 % dans les autres provinces de l'Ouest et les Territoires du Nord-Ouest. Rodrigue Landry et Réal Allard, « L'exogamie et le maintien de deux langues et de deux cultures : le rôle de la francité familioscolaire » (1997) 23 : 3 *Revue des sciences de l'éducation* 564 [Landry et Allard, « L'exogamie et le maintien de deux langues... »]. Voir aussi Jean-Pierre Corbeil, Claude Grenier et Sylvie Lafrenière, « Les minorités prennent la parole : résultats de l'Enquête sur la vitalité des minorités de langue officielle » (2006) *Statistique Canada* [Corbeil, Grenier et Lafrenière].

¹⁰ Mary Bess Kelly, « Les causes de divorce traitées par les tribunaux civils en 2010-2011 » (28 mars 2012) *Juristat* 1 à la p 8.

¹¹ Paul Robinson, « Le rôle parental après une séparation ou un divorce : profil des ententes au sujet du temps passé avec les enfants et de la prise de décisions les concernant » (octobre 2009) 29:4 *Juristat* 1 à la p 7.

Cette question n'avait pas fait l'objet de réflexion judiciaire sérieuse avant l'affaire *Perron c. Perron*¹², une instance portant sur la possibilité d'ordonner que les enfants d'un couple exogame en voie de divorce soient inscrits dans une école homogène de langue française. Le jugement de première instance met en valeur la confusion perdurant entre les systèmes d'éducation homogène dans la langue de la minorité¹³ et d'immersion, tandis que le parent faisant valoir ses droits en vertu de l'article 23 de la *Charte* a avancé la différence entre ces systèmes, non seulement sur le développement identitaire des enfants, mais aussi sur la transmission intergénérationnelle du droit patrimonial à une éducation dans la langue de la minorité. Le litige fait aussi ressortir la question d'application de la *Charte* dans le cadre de décisions pour la garde d'enfants. Un parent peut-il exiger l'exercice de son droit constitutionnel contre le gré de son conjoint ou encore de son enfant ? La *Charte* est silencieuse à ce sujet et le principe de l'intérêt véritable de l'enfant, qui est la considération maîtresse de tout jugement de divorce impliquant des enfants¹⁴, crée parfois des conflits avec l'impératif constitutionnel de l'article 23. Le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario a fait la lumière sur ces questions en établissant une présomption en faveur de l'instruction dans la langue de la minorité dans certaines circonstances et en fournissant un cadre juridique permettant de soupeser l'importance du rôle de l'article 23 dans l'appréciation judiciaire de l'intérêt véritable des enfants.

Les parents en désaccord à propos de la langue d'éducation de leurs enfants ont de plus en plus recours aux tribunaux pour adjuger leurs différends. Les affaires *Potter c. Dhieux*¹⁵, *Perron c. Perron* en 2012 et *Trudel c. Bidner*¹⁶, survenues en 2011, sont les premiers recours privés concernant le français comme langue d'éducation depuis l'affaire *Chauvin v. Chauvin*¹⁷ qui avait établi le précédent en 1987. Ces plus récents litiges ont tous été entendus par la Cour d'appel de l'Ontario. Il est peu probable, étant donné le taux d'exogamie et de séparations, que cette hausse du nombre de recours aux tribunaux pour traiter des questions de la langue d'éducation soit passagère. Cette augmentation indique plutôt à notre avis la nécessité de clarifier la question de la langue d'instruction dans les ordonnances de garde et le rôle de l'article 23 de la *Charte* à cet égard.

Cet article est divisé en deux parties. La première partie présentera les faits et les décisions de la Cour supérieure de justice et de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Perron c. Perron*. Cette présentation permettra de bien cerner les enjeux que soulève la langue d'instruction lorsqu'un couple exogame se sépare ou se divorce. Dans la seconde partie, nous présenterons trois considérations qui appuient la reconnaissance d'une présomption favorisant l'instruction dans la langue de la minorité. Premièrement (A), l'instruction dans une école gérée et contrôlée par la minorité linguistique est dans l'intérêt personnel de l'enfant issu d'un couple

¹² *Perron c Perron*, 2012 ONCA 811, 113 OR (3^e) 612 [*Perron 2012*], confirmant 2010 ONSC 1482, [2010] OJ n^o 6053 (QL) [*Perron 2010*]. Il nous incombe de signaler que les deux auteurs étaient les avocats de l'appelant à la Cour d'appel de l'Ontario.

¹³ L'éducation homogène se dit d'un système scolaire où, « sauf pour les cours de langues, l'instruction se fait entièrement dans la langue de la minorité linguistique officielle » (Foucher et Power, *supra* note 8 à la p 407).

¹⁴ *Loi sur le divorce*, LRC 1985, c 3 (2^e supp), art 16(3) [*Loi sur le divorce*] ; *Gordon c Goertz*, [1996] 2 RCS 27 au para 49, 134 DLR (4^e) 321 [*Goertz*].

¹⁵ *Potter c Dhieux*, 2012 ONSC 4498, 2012 CarswellOnt 9609.

¹⁶ *Trudel c Bidner*, 2011 ONSC 4997, [2012] WDFL 657.

¹⁷ [1987] 6 RFL (3^e) 403, [1987] OJ n^o 2280 (QL) (C de dist) [*Chauvin*].

exogame divorcé puisqu'elle favorise le contact avec ses deux parents et permet l'acquisition de leurs langues respectives. Ce bilinguisme, jumelé à une forte identité culturelle, est bénéfique pour le développement personnel de l'enfant dont les horizons et les perspectives de carrière s'élargiront¹⁸. Deuxièmement (B), l'acquisition des droits protégés par l'article 23 de la *Charte* permettra aussi à cet enfant, un jour, de partager son héritage culturel et linguistique avec ses enfants, transmission intergénérationnelle qu'une éducation dans la langue de la majorité n'assure aucunement¹⁹. L'article 23 de la *Charte* enchâsse des droits réparateurs et exige qu'on lui prête une interprétation large et compatible avec son objet²⁰. Les communautés de langue officielle en situation minoritaire dépendent de la relève d'enfants d'âge scolaire pour survivre et s'épanouir²¹. Les décisions judiciaires qui touchent à l'accès des enfants aux écoles homogènes de langue française auront vraisemblablement des répercussions sur les communautés de langue officielle et sur les générations futures. Troisièmement (C), la vulnérabilité linguistique et culturelle des populations francophones hors Québec justifie l'exercice de la compétence *parens patriae* des cours supérieures afin de protéger ces enfants et leurs communautés en favorisant leur épanouissement par l'entremise de l'instruction dans des écoles homogène de langue française.

Cet article souligne en conclusion que le cadre juridique formulé par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Perron c. Perron* représente sans contredit une avancée importante pour les familles et les communautés de langues officielles au Canada. Toutefois, à notre avis, il aurait été préférable de préciser la hiérarchie qualitative qu'il convient d'attribuer aux divers facteurs que les cours doivent désormais soupeser dans l'appréciation de l'intérêt véritable des enfants issus de couple exogames. En tout état de cause, les dimensions collectives et intergénérationnelles des droits protégés par l'article 23 de la *Charte* et l'importance de ces droits pour la construction identitaire de l'enfant et pour l'épanouissement de sa communauté justifient la reconnaissance d'une présomption en faveur de l'instruction dans les écoles homogènes de la minorité de langue officielle concernée.

¹⁸ Par exemple, le taux de chômage des francophones en Ontario est plus faible que celui des anglophones. De plus, les francophones gagnent des salaires plus élevés. Source : Réseau national de développement économique francophone, « Profils socio-économiques – Ontario », en ligne : http://www.rdee.ca/statistique/fr/ontario/Hamilton/coup_oeil.html.

¹⁹ Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, volume II, L'éducation, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968 à la p 8.

²⁰ *Mahé c Alberta*, [1990] 1 RCS 342 à la p 363, 68 DLR (4^e) 69 [Mahé] ; *Arsenault-Cameron c Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, [2000] 1 RCS 3 au para 26 [Arsenault-Cameron] ; *Re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 47 RJO (2^e) 1 (CA).

²¹ Rodrigue Landry, *Libérer le potentiel caché de l'exogamie*, 2003, Commission nationale des parents francophones, à la p 4 [Landry, *Libérer le potentiel...*].

I – L’affaire *Perron c. Perron*

A – Les faits

Les faits pertinents pour les fins de cet article se résument ainsi²². Madame Waring (anciennement Perron) et Monsieur Perron formaient un couple exogame. Ils se sont mariés en 1996 et séparés en 2006. Ils ont eu trois enfants durant leur mariage : William, Matthew et Emma. Le français est la première langue apprise et toujours comprise de Monsieur Perron. Il provient d’une famille francophone du Québec et il a appris l’anglais en tant qu’adulte. Il travaille en tant qu’enseignant dans une école homogène de langue française à Hamilton, dans le sud-ouest de l’Ontario, où il agit notamment comme personne ressource dans le cadre des programmes d’actualisation et de rattrapage linguistique. Il tient fermement à la langue et la culture française et souhaite les transmettre à ses trois enfants. Pour sa part, Madame Waring est une anglophone originaire du sud-ouest de l’Ontario qui travaille au ministère de la Défense nationale à Hamilton. Bien qu’elle possède une certaine capacité à s’exprimer en français, Madame Waring ne jouit d’aucun droit aux termes de l’article 23 de la *Charte* au moment où elle rencontre Monsieur Perron. Elle n’utilise pas la langue française dans ses activités quotidiennes et elle ne parle pas en français à ses enfants à la maison. Néanmoins, le couple avait convenu durant leur mariage que les enfants recevraient leur éducation en français. Ils avaient même exprimé ce souhait dans leurs testaments respectifs.

À la suite de leur séparation en 2006, Madame Waring ne veut plus que ses enfants soient instruits dans une école homogène de langue française. Madame Waring craint notamment que ses enfants n’apprennent pas l’anglais s’ils étaient inscrits dans une école homogène de langue française et, par conséquent, que leurs choix universitaires seraient limités²³. Elle affirme aussi se sentir mal à l’aise en tant qu’Anglophone avec des enfants inscrits dans une école homogène de langue française²⁴. Après la séparation, Madame Waring a inscrit leur fils aîné William dans une école homogène de langue anglaise située plus près de sa demeure²⁵. Monsieur Perron s’oppose à cette décision et l’année suivante William est inscrit à l’École St. Eugene, une école de langue anglaise offrant un programme d’immersion en langue française, où la moitié des cours sont offerts en anglais et l’autre moitié en français²⁶. Matthew et Emma sont inscrits à la même école par la suite. Monsieur Perron s’oppose également à l’inscription de ses enfants à l’école d’immersion, revendiquant plutôt l’inscription de ses enfants dans une école homogène de langue française. La preuve au procès²⁷ révèle qu’à l’École St. Eugene, certains cours en français ne sont pas enseignés par des Francophones. La directrice de l’École St. Eugene – qui ne parle pas français – témoigne au procès que son école a pour but d’aider les enfants à devenir bilingue. Par ailleurs, toutes les annonces au sein de l’École St. Eugene se font en anglais. Depuis la séparation, Monsieur Perron remarque l’effet de l’assimilation sur ses enfants. Ceux-ci

²² Voir *Perron 2010*, *supra* note 12 aux para 5-9, 19, 49, 55-56, 81, 88 ; *Perron 2012*, *supra* note 12 aux para 5-11.

²³ *Perron 2010*, *ibid* aux para 17, 19.

²⁴ *Ibid* au para 18.

²⁵ *Ibid* aux para 15, 56.

²⁶ *Ibid* au para 69.

²⁷ *Ibid* aux para 70, 71, 73, 81 et 86.

deviennent Anglophones et éprouvent de la difficulté à communiquer en français avec leur père et sa famille.

B – La décision de première instance

Au procès, Monsieur Perron demande la garde exclusive des enfants ou, subsidiairement, la garde partagée. Il demande également à la cour d'ordonner que ses trois enfants soient inscrits dans une école homogène de langue française²⁸. Aux dires du juge de première instance, « the trial proceeded as a *cause célèbre* [sic] for language rights »²⁹ : le procès est instruit en tant qu'instance bilingue³⁰ et dure 10 jours en tout. Au terme du procès, la cour accorde la garde exclusive des enfants à Madame Waring et un droit d'accès à Monsieur Perron³¹. Comme l'a noté la Cour d'appel de l'Ontario, les « motifs du juge de première instance énoncent bon nombre de conclusions défavorables à l'égard de [Monsieur Perron] qui appuient sa décision de rejeter l'accord de la garde conjointe aux parties. Les motifs du juge de première instance sont toutefois silencieux quant à la possibilité d'accorder la garde à l'intimée avec une condition portant sur la langue d'instruction des enfants »³².

Dans les passages saillants de ses motifs, le juge de première instance affirme ce qui suit concernant la langue d'instruction des enfants :

[131] Much has been said about the language rights of these children. One recognizes that assimilation or isolation of a language and cultural group impacts upon the survival of a cultural and linguistic heritage. A language must be practiced and experienced frequently, otherwise it is lost or the speakers become “rusty”.

[132] *Having said that, Mr. Perron married Monique Waring with his eyes open. She was not a francophone. However, she did have a French heritage through her mother and she does have some facility in the language. Does that now mean that Mr. Perron can somehow trump where Ms. Waring is at culturally and linguistically? Of course not.* The Perron children have started a path towards possible bilingualism. French is not discouraged in the household of the mother; it is not as much of a way of life as it is with the father. Mr. Perron was originally comfortable with his children being in French Emersion schools. He now resiles from that position.

[133] *There is no doubt that a fully French school would advance the French language capabilities of the Perron children more so than at French Emersion [sic] school. Having said that, the French Emersion [sic] school is still a viable way of introducing the children to the language.* It may not be as intensive, but the

²⁸ Perron 2012, *supra* note 12 au para 12.

²⁹ Perron c Perron, 2010 ONSC 4223 au para 9 (CanLII) (Jugement sur les dépens.) Les italiques et erreur de français se retrouvent dans le texte original.

³⁰ En Ontario, une « instance bilingue » est une instance qui se déroule en tout ou en partie en français : *Loi sur les tribunaux judiciaires*, LRO 1990, c C-43, art 126.

³¹ Perron 2010, *supra* note 12 au para 170.

³² *Ibid* au para 14.

children will still have a significant exposure, which will no doubt assist them in the future.

[134] The acquisition and preservation of language skills are a lifetime occupation. It is possible that as the children age they will want to further pursue this aspect of their roots by attending a French Secondary School or even University. There is no impediment to this in an officially bilingual country where bilingualism is widely extolled.

[135] It is equally possible that the children will not pursue learning the French language. Actually, in this situation the intensive efforts of the father may have the undesired effect of alienating them from this pursuit. Time will tell how these children embrace French, but they start off with a linguistic resource from both parents that few Anglophone children have.

[136] *The language issue in this trial is in some ways a distraction from what is in the best interests of the children.* French facilitating does not detract from the serious shortcomings of Mr. Perron as a parent capable of sharing his children. *In a way, it (the French language and culture) could be used by him to culturally isolate the mother.* As mentioned, he has already demonstrated a tendency to isolate her by means of his portrayal of himself to the children as the “victim” in this situation and the disparaging remarks. *This court does not trust him to be balanced and objective with respect to the parental and cultural rights of the mother* [nos italiques]³³.

La première phrase du paragraphe 132 est étonnante. Elle évoque en quelque sorte la morale fataliste du dicton dont il était question dans l’introduction de cet article, et laisse entendre que Monsieur Perron savait ou aurait dû savoir que l’avenir francophone de ses enfants serait mis en péril du fait qu’il avait marié une anglophone. Également étonnants sont les passages au paragraphe 133 sur la capacité des écoles de langue anglaise offrant des programmes d’immersion en français d’assurer la francité des enfants et ceux au paragraphe 136 suggérant que la langue de la minorité pourrait être utilisée en l’espèce pour isoler culturellement un membre de la majorité linguistique. La référence aux «cultural rights of the mother» au paragraphe 136 est aussi curieuse. Nous reviendrons sur ces commentaires émis par le juge du procès plus loin dans cet article.

C – La décision de la Cour d’appel de l’Ontario

Monsieur Perron interjette appel, mais non sans difficultés procédurales³⁴. Sur le fond, Monsieur Perron conteste la décision du juge de première instance à l’égard de la langue d’instruction des enfants, de la garde des enfants et de l’évaluation des biens familiaux nets. Toutefois, au moment de l’audience, Monsieur Perron a abandonné ces deux derniers motifs

³³ *Ibid* aux para 131-136.

³⁴ *Perron c Perron*, 2011 ONCA 776. La Cour d’appel de l’Ontario a ordonné Monsieur Perron de verser une caution sur les dépens étant donné son insolvabilité et le caractère inédit de son pourvoi.

d'appel pour se concentrer uniquement sur la question de la langue d'instruction de ses enfants³⁵. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le juge du procès avait commis une erreur de droit en omettant « d'envisager la possibilité d'ordonner l'instruction homogène en langue française comme une condition à l'ordonnance de garde »³⁶.

Au nom d'une Cour unanime, le juge Rouleau débute son analyse en définissant le contexte juridique dans lequel survenait l'appel de Monsieur Perron. Il rappelle d'emblée ce que la Cour suprême du Canada a reconnu dans l'affaire *Solski (Tuteur de) c. Québec*, c'est-à-dire « qu'il serait contraire à l'objet de [l'article 23 de la *Charte*] d'assimiler les programmes d'immersion à l'enseignement dans la langue de la minorité »³⁷. Le juge Rouleau renchérit : « [l]instruction en français offerte dans une école homogène de langue française est nettement différente de celle offerte dans un programme d'immersion en français. L'école homogène de langue française répond aux besoins culturels et linguistiques de la communauté francophone. Au contraire, le programme d'immersion en français est conçu pour anglophones dans un environnement de la majorité linguistique anglaise et offre une instruction bilingue »³⁸. La Cour rappelle également que l'instruction dans la langue française en Ontario est encadrée par la *Politique d'aménagement linguistique de l'Ontario pour l'éducation en langue française* qui établit « les conditions d'enseignement et d'apprentissage qui favorisent la transmission de la langue et de la culture françaises »³⁹. En parallèle à l'acquisition et à la transmissibilité de la langue et de la culture françaises, la Cour d'appel a reconnu que le contexte anglo-dominant de la province « contraint généralement l'enfant à communiquer dans cette langue dans sa vie courante et d'acquérir conséquemment une connaissance de la langue de la majorité »⁴⁰. Ces bienfaits, souligne la Cour, se font particulièrement sentir dans le contexte des familles exogames puisque l'apprentissage et la maîtrise des deux langues favorisent le contact avec les deux parents, et non pas exclusivement avec le parent qui relève de la culture majoritaire⁴¹. Enfin, la Cour précise que la question de la langue d'instruction est « un aspect des droits accessoires à la garde de l'enfant » au sens de *Loi portant réforme du droit de l'enfance*⁴² qui doit toujours se régler en fonction de « l'intérêt véritable de l'enfant »⁴³. Seule « une erreur importante, une erreur significative dans l'appréciation de la preuve ou une erreur de droit » permettrait à la Cour d'appel d'intervenir et de modifier un aspect de l'ordonnance de garde du juge du procès⁴⁴.

³⁵ *Perron 2012, supra note 12* aux para 15, 37.

³⁶ *Ibid* au para 4.

³⁷ *Solski (Tuteur de) c Québec (PG)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 RCS 201 au para 50 [*Solski*].

³⁸ *Perron 2012, supra note 12* au para 18.

³⁹ Ontario, Ministère de l'Éducation, *Politique d'aménagement linguistique de l'Ontario pour l'éducation en langue française*, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2004 à la p 2, tel que cité dans *Perron 2012, ibid* au para 19.

⁴⁰ *Perron 2012, ibid* au para 20.

⁴¹ *Ibid* au para 21.

⁴² *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, LRO 1990, c C.12, art 28(1)b [*Loi portant réforme du droit de l'enfance*].

⁴³ *Ibid*, art 24(1)-(2).

⁴⁴ *Perron 2012, supra note 12* aux para 25-27. Voir aussi *Ursic v Ursic* (2006), 32 RFL (6^e) 23, [2006] OJ n° 2178 au para 32 (CA) (QL).

La Cour d'appel a conclu que le juge du procès était tenu dans les circonstances de l'affaire dont il était saisi de considérer la possibilité d'assortir l'ordonnance de garde d'une condition afférente à la langue d'instruction des enfants⁴⁵. Cette possibilité est expressément prévue par la loi⁴⁶, amplement soutenue par la jurisprudence⁴⁷ et Monsieur Perron en avait fait explicitement la demande dans ses actes de procédure⁴⁸. De plus, selon la Cour d'appel, le premier juge disposait de toute la preuve nécessaire pour trancher la question de la langue d'instruction des enfants, dont notamment des données sur les taux d'assimilation linguistique à Hamilton et sur le rôle essentiel des écoles homogènes de langue française pour contrer le risque d'aliénation culturelle de la minorité francophone. Selon le juge Rouleau, « [l]'ensemble de ces preuves outillait la cour à correctement évaluer quelle langue d'instruction serait dans l'intérêt véritable de ces enfants »⁴⁹.

La Cour d'appel de l'Ontario aborde par la suite les critères applicables aux ordonnances accessoires relatives à la langue d'instruction des enfants. Selon le juge Rouleau, « tous les facteurs prévus au par. 24(2) de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* doivent être considérés »⁵⁰. Ces facteurs incluent notamment « la capacité et la volonté de chaque personne qui demande, par requête, la garde de l'enfant de lui donner des conseils, de s'occuper de son éducation »⁵¹. Citant à l'appui l'affaire *Van de Perre*⁵², la Cour d'appel note que les « facteurs linguistiques et culturels seuls ne peuvent dicter le résultat »⁵³, mais souligne que la question se présente différemment dans le contexte des langues officielles. Les propos du juge Rouleau à cet égard méritent à notre avis d'être reproduits intégralement :

[32] [...] *La langue d'instruction des enfants est importante* dans l'appréciation de l'intérêt véritable des enfants. Le juge de première instance devait comprendre ce facteur et [lui] accorder *le poids approprié* dans sa détermination des questions en litige. [...]

[42] À mon avis, *la cour doit être particulièrement sensible à la langue d'instruction dans le cas où il n'y a qu'un parent francophone et le parent anglophone se voit accorder la garde*. Dans de telles circonstances, il y aura nécessairement moins de contact avec le parent francophone et le milieu linguistique et culturel des enfants sera probablement celui de la majorité linguistique.

⁴⁵ *Perron 2012, ibid* aux para 35-37.

⁴⁶ *Loi sur le divorce, supra* note 14, art 16(6) (« ...l'ordonnance [de garde] peut être assujettie aux modalités ou restrictions que le tribunal estime justes et appropriées. »).

⁴⁷ Voir par exemple *Crites v Crites*, [2001] OJ n° 370 (QL), 2001 CanLII 32739 (CJ Ont); *Brown v Brown*, 2011 ONSC 2101, [2011] OJ n° 1802 (QL) ; *Madden v Richardson*, 2004 ONCJ 10, [2004] OJ n° 1532 (QL) ; *Chauvin, supra* note 17.

⁴⁸ *Perron 2012, supra* note 12 au para 34.

⁴⁹ *Ibid* au para 29.

⁵⁰ *Ibid* au para 40.

⁵¹ *Loi portant réforme du droit de l'enfance, supra* note 42, art 24(2)d).

⁵² *Van de Perre c Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 RCS 1014 [*Van de Perre*].

⁵³ *Perron 2012, supra* note 12 au para 40.

[43] Il est vrai que, dans le cas en l'espèce, le milieu scolaire est partiellement en français vu le programme d'immersion en français. Néanmoins, la cour doit constater que l'instruction en immersion en français reflète largement la culture majoritaire et que cet environnement rend plus difficile la transmission de la culture et de la langue françaises aux enfants ainsi que le maintien de cette langue parmi ceux-ci. Il y a donc un risque d'aliénation culturelle et linguistique des enfants auprès du père et de la famille paternelle.

[44] En milieu linguistique minoritaire, *les écoles homogènes de langue française sont généralement préférables* aux programmes d'immersion en français pour assurer le maintien et la transmission des deux langues, soit le français et l'anglais, et pour permettre aux enfants de bénéficier de l'avantage d'un bilinguisme de plus haut niveau. *Dans une région à forte majorité anglophone, une instruction homogène en langue française n'engendre pas la perte de la langue et de la culture de la majorité linguistique.* Il ne s'agit donc pas d'un choix de préférer la culture et la langue de la minorité plutôt que celles de la majorité. En milieu minoritaire, l'école homogène de langue française permet effectivement le maintien des liens culturels et linguistiques à la fois avec les parents francophone et anglophone. En vertu de l'al. 24(2)(d) de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, la langue d'instruction des enfants doit donc être prise en considération lors de la détermination de leur intérêt véritable.

[45] Tel qu'énoncé au par. 16(10) de la *Loi sur le divorce*, en rendant une ordonnance relative à la garde, « le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt ». *Partager la langue et culture des deux parents rend ces contacts plus enrichissants* pour les enfants et augmente la possibilité que ces derniers veuillent maintenir les deux langues et cultures.

[46] Une instruction homogène en langue française favorise également une connaissance approfondie des deux langues officielles du Canada ce qui ouvre les portes à de *plus grandes possibilités universitaires et d'emplois*. De plus, comme signalé par l'appelant, si les enfants reçoivent leur instruction au niveau primaire en langue française, *ils seraient assurés d'acquérir le droit en vertu de l'art. 23 de la Charte de faire instruire leurs futurs enfants dans la langue de la minorité*⁵⁴.

Ainsi, la Cour d'appel établit explicitement une présomption préférentielle à l'égard de l'instruction dans les écoles homogènes de la minorité linguistique dans le cas d'enfants issus de couples exogames (paragraphe 32, 42 et 44) ; elle note l'insuffisance des écoles d'immersion à cet égard (paragraphe 43) ; elle souligne l'importance de favoriser l'acquisition de la langue et la culture des deux parents (paragraphe 44 et 45) ; elle note les avantages du bilinguisme sur les plans des études et de la carrière (paragraphe 46) et l'importance de protéger la transmissibilité du droit garanti à l'article 23 de la *Charte*. La Cour rejette aussi la notion qu'un parent membre de la majorité linguistique risque l'isolement culturel en inscrivant ses enfants dans une école

⁵⁴ *Ibid* aux para 42-46.

homogène de la minorité, d'autant plus lorsque ce parent jouit de la garde exclusive (paragraphe 44).

Enfin, en se référant à la preuve au dossier, la Cour d'appel conclut que l'intérêt véritable des enfants et les « circonstances particulières de cette famille donnaient lieu à la possibilité d'assortir l'ordonnance de garde d'une condition pour l'instruction homogène en langue française »⁵⁵.

[A]u moment du procès, les facteurs suivants favorisaient une ordonnance voulant que les enfants reçoivent une instruction homogène en langue française :

- 1) le souhait de l'appelant et de l'intimée pendant leur mariage de faire instruire leurs enfants dans une école homogène de langue française ;
- 2) une plus grande maîtrise du français et, conséquemment, un bilinguisme de plus haut niveau ;
- 3) le maintien des liens culturels et linguistiques avec le parent francophone ainsi qu'avec la famille paternelle et la grand-mère maternelle de même qu'avec le parent et la famille anglophones ;
- 4) un bilinguisme de plus haut niveau permet plus de choix universitaires et de plus grandes possibilités d'emplois ; et
- 5) la certitude que les enfants auront le droit de faire instruire leurs futurs enfants dans la langue française en vertu de l'art. 23 de la *Charte*⁵⁶.

C'est ainsi que la Cour d'appel de l'Ontario élabore pour la première fois en droit canadien un cadre juridique permettant de soupeser les facteurs qui devraient éclairer l'appréciation de l'intérêt véritable des enfants issus de familles exogames pour qu'ils bénéficient de l'éducation au sein d'écoles homogènes de la minorité linguistique.

Malgré le fait d'avoir conclu à l'erreur de droit du juge du procès, la Cour d'appel de l'Ontario a néanmoins rejeté l'appel puisque trop de temps s'était écoulé depuis le procès en 2010 et qu'elle ne possédait donc pas, deux ans plus tard, la preuve nécessaire pour lui permettre de conclure qu'une ordonnance de transférer William, Matthew et Emma vers une école homogène de langue française serait dans leur intérêt véritable⁵⁷. Selon la Cour,

le fait que les enfants ont fréquenté l'école St. Eugene Catholic Elementary pour trois ans additionnels doit être ajouté aux préoccupations exprimées par le juge de première instance au sujet de la demande de changement d'école. Rappelons que selon l'affaire *Ursic*, il est nécessaire d'avoir une preuve convaincante pour appuyer une conclusion qu'il est dans l'intérêt véritable des enfants d'accorder une ordonnance de changement d'école. Je suis donc d'avis que, malgré les avantages

⁵⁵ *Ibid* au para 50.

⁵⁶ *Ibid* au para 47.

⁵⁷ *Ibid* au para 4, 53-55.

d'une instruction homogène en langue française pour ces enfants, un changement d'école à ce stade n'est pas dans l'intérêt véritable des enfants⁵⁸.

Avec égard, il est difficile de réconcilier le dispositif de la décision avec les conclusions de droit de la Cour d'appel dans cette affaire. Premièrement, si le spectre de l'assimilation linguistique, l'importance de maintenir les liens avec les deux parents, les avantages du bilinguisme, les meilleures perspectives d'étude et de carrière et l'importance d'assurer la transmissibilité du droit protégé par l'article 23 de la *Charte* militaient tous en faveur de la conclusion qu'il était dans l'intérêt véritable des enfants en 2010 que ceux-ci fréquentent une école homogène de langue française, *a fortiori* et à défaut d'une preuve au contraire, ces considérations soutiennent la même conclusion en 2012. À notre avis, le passage du temps a pour effet d'exacerber l'urgence d'une telle ordonnance. Selon la Cour suprême du Canada, les droits visés à l'article 23 de la *Charte* se conservent notamment en fonction du cheminement scolaire, souvent jugé le meilleur indice d'engagement authentique à cheminer dans la langue d'enseignement de la minorité. Le cheminement scolaire s'évalue à la fois de façon quantitative et qualitative, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'enfant, y compris le temps passé dans chaque école :

[...] y compris le temps passé dans chaque programme, l'étape des études à laquelle le choix de la langue d'instruction a été fait, les programmes qui sont offerts ou qui l'étaient et l'existence ou non de problèmes d'apprentissage ou d'autres difficultés.

[...]

[...] la pertinence de chaque facteur varie selon les faits de chaque cas et que la situation et le cheminement scolaire antérieur et actuel de l'enfant en question peuvent également faire intervenir d'autres facteurs⁵⁹.

Deuxièmement, le dispositif de la Cour d'appel entérine un problème systémique causé par les délais judiciaires normaux et auquel se heurteront inévitablement tous les parents qui interjettent appel des ordonnances de garde, notamment dans le cas d'instances bilingues⁶⁰. À notre avis, le passage du temps ne devrait pas donner lieu à une présomption en faveur du *statu quo* lorsque la conjoncture en question a été jugée contraire à l'intérêt véritable des enfants.

Nonobstant le dispositif dans cette affaire, il convient d'examiner de plus près le cadre juridique établi par la Cour d'appel de l'Ontario pour trancher les litiges portant sur la langue d'instruction des enfants issus de couple exogame et d'analyser les considérations qui soutiennent la présomption favorisant la protection du droit à l'instruction dans la langue officielle minoritaire.

⁵⁸ *Ibid* au para 54.

⁵⁹ *Solski*, *supra* note 37 aux paras 33 et 38.

⁶⁰ Voir généralement Ontario, Comité consultatif de la magistrature et du barreau sur les services en français auprès du procureur général de l'Ontario, *Accès à la justice en français*, 2012.

II – La protection du droit à l’instruction dans la langue officielle en situation minoritaire

Il importe d’emblée de bien distinguer la protection des langues officielles en situation minoritaire des autres enjeux identitaires – dont ceux liés par exemple à la race, la religion ou même aux autres langues que le français et l’anglais – que soulèvent parfois les ordonnances de garde ou les ordonnances afférentes à l’éducation des enfants. Dans l’affaire *Van de Perre*, la Cour suprême du Canada s’est prononcée au sujet du poids qu’il convient d’attribuer à l’identité raciale d’un enfant issu d’un père afro-américain et d’une mère canadienne de race blanche dans le cadre d’une ordonnance de garde. Selon la Cour, « l’identité raciale n’est qu’un des facteurs pouvant être considérés dans la détermination de l’identité personnelle; la pertinence de ce facteur dépend du contexte »⁶¹. La question de l’identité culturelle a subi le même traitement dans l’affaire *H (D) c. M (H)*⁶² où la Cour a refusé d’accorder au grand-père maternel la garde d’un enfant de père afro-américain et de mère canado-autochtone. L’objectif visant à favoriser le développement de l’identité autochtone n’a pas réussi à faire pencher la balance du côté maternel dans l’appréciation de l’intérêt véritable des enfants. À notre avis, cette jurisprudence est plus ou moins pertinente au contexte de la protection des droits linguistiques issus de famille exogames, et ce pour au moins trois raisons.

Premièrement, le régime de protection constitutionnel accordé aux caractéristiques identitaires comme le sexe, la race, l’ethnie ou la religion est permanent et inaliénable. Les enfants membres de ces communautés ne sont pas à risque de perdre la protection que leur accordent la *Charte* et les divers codes des droits de la personne, peu importe l’école qu’ils fréquentent ou l’identité du parent auquel ils sont confiés. Ce n’est pas le cas des enfants issus de familles exogames dont l’un des parents parle une langue officielle minoritaire. Ceux-ci perdront vraisemblablement les droits linguistiques que leur accorde l’article 23 de la *Charte* s’ils ne sont pas inscrits à une école homogène de la minorité linguistique. Au Canada, la transmissibilité du droit constitutionnel de faire instruire les enfants de la prochaine génération dans la langue de la minorité dépend en grande partie de l’exercice de ce droit par la génération antérieure. Autrement dit, les droits linguistiques protégés par l’article 23, de manière semblable au droit applicable aux marques de commerce⁶³, peuvent devenir caducs s’ils ne sont pas exercés.

Or, pour exercer et transmettre le droit à l’instruction dans leur langue maternelle fondé sur l’article 23 de la *Charte*, les membres des communautés de langue officielle en situation minoritaire doivent eux-mêmes avoir reçu leur instruction primaire dans la langue de la minorité, posséder le français comme première langue apprise et toujours comprise, ou encore avoir réussi à inscrire un enfant dans une école homogène de la minorité. Comme la langue française s’apprend aujourd’hui principalement à l’école et non au foyer, c’est de plus en plus en raison de la langue d’instruction lors de leurs études primaires que les parents acquièrent maintenant des droits sous l’article 23 de la *Charte*⁶⁴. Par conséquent, lorsqu’un enfant de la minorité

⁶¹ *Van de Perre*, *supra* note 52 au para 38. Références internes omises.

⁶² *H (D) c M (H)*, [1997] BCJ n° 2144 (CS) (QL).

⁶³ *Mattel, Inc c 3894207 Canada Inc*, 2006 CSC 22, [2006] 1 RCS 772 au para 5.

⁶⁴ Landry et Allard, « L’exogamie et le maintien de deux langues... », *supra* note 9 ; Rodrigue Landry, « L’éducation : pierre angulaire de la revitalisation des communautés francophones et acadiennes », Institut canadien de recherche sur les minorités linguistiques, 2005 [Landry, « L’éducation : pierre angulaire de la revitalisation... »] ; Landry, *Libérer le potentiel...*, *supra* note 21; Jules Rocque, « Vers l’élaboration d’une

francophone est placé dans une école de langue anglaise, qu'elle offre ou non un programme d'immersion en français, non seulement risque-t-il l'assimilation linguistique et culturelle, il perd vraisemblablement du coup la possibilité de transmettre son droit fondé sur l'article 23 de la *Charte* à sa progéniture puisqu'il ne satisfera vraisemblablement pas aux critères prévus aux alinéas 23(1) et (2) de la *Charte*. L'extinction d'un droit constitutionnel ne devrait jamais être pris à la légère, surtout lorsque ce droit revêt à la fois une dimension individuelle et collective. Cette réalité augmente considérablement l'importance qu'il convient d'attribuer à la question de la langue d'instruction des enfants issus de familles exogames dans le cadre des ordonnances de garde.

La deuxième considération découle de la première. La protection de l'identité anglophone au Québec, acadienne au Nouveau-Brunswick, en Nouvelle-Écosse, à l'Île-du-Prince-Édouard et à Terre-Neuve-et-Labrador et francophone à travers le Canada doit être très clairement distinguée des identités collectives typiquement protégées par l'article 15 de la *Charte* puisque ces dernières jouissent de programmes et d'initiatives axés sur la protection contre la discrimination. Le paragraphe 15(2) permet de défendre les membres de groupes énumérés au paragraphe 15(1) ou analogues à ceux-ci en créant des programmes de promotion collective pour atténuer la discrimination à laquelle ces groupes font face dans la société. La nature et l'étendue de ces programmes sont laissées entièrement à la charge de l'État et ne sont pas mandatés par la Constitution⁶⁵. Ce n'est pas le cas de l'article 23. Cette disposition « impose aux gouvernements l'obligation absolue de mobiliser des ressources et d'édicter des lois pour l'établissement de structures institutionnelles capitales »⁶⁶. Par conséquent, les lois et les principes de common law applicables au droit de la famille ne devraient pas limiter l'accès au droit à l'article 23 de la *Charte*, au risque, sinon, de porter atteinte à l'intention du constituant et à l'impératif national d'assurer l'épanouissement des communautés de langues officielles⁶⁷. Comme la Cour suprême du Canada l'a noté dans l'arrêt *Mahé*, « toute garantie générale de droits linguistiques, surtout dans le domaine de l'éducation, est indissociable d'une préoccupation à l'égard de la culture véhiculée par la langue en question »⁶⁸.

Troisièmement, les droits collectifs garantis par l'article 23 de la *Charte* sont assortis d'une autre condition importante qui détermine les conditions de possibilité de leur exercice, à savoir, la condition du nombre suffisant d'enfants admissibles⁶⁹. Ainsi, dans certaines régions, où le nombre d'enfants éligibles est faible, une ordonnance de faire instruire les enfants issus de couples exogames dans une école de la minorité aura non seulement un impact sur le développement personnel de ces enfants, mais aussi sur celui de leur communauté dans son ensemble. L'intérêt véritable de l'enfant d'acquérir et de participer à la langue de la minorité,

politique de l'exogamie dans le cadre de la gestion scolaire francophone en milieu minoritaire (2006) 8 RCLF 121 [Rocque, « Vers l'élaboration d'une politique de l'exogamie... »].

⁶⁵ *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 RCS 670 aux para 38-41 ; *R c Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 RCS 483 aux para 14-55.

⁶⁶ *Doucet-Boudreau c Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 RCS 3 au para 28 [*Doucet-Boudreau*] ; *Mahé*, *supra* note 20 à la p 389.

⁶⁷ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 au para 79, 161 DLR (4^e) 385 ; *R c Beaulac*, [1999] 1 RCS 768 au para 25, 173 DLR (4^e) 193 [*Beaulac*].

⁶⁸ *Mahé*, *supra* note 20 à la p 362.

⁶⁹ *Charte*, *supra* note 7, art 23(3) ; *Mahé*, *ibid* aux pp 366-67.

dans de telles circonstances, est inextricablement lié à l'intérêt véritable des autres enfants de la collectivité, et en définitive à l'intérêt de la communauté de langue officielle en tant que telle.

Ces considérations mettent en évidence la distinction entre la question de la langue d'instruction des enfants issus de familles exogames de celle des autres considérations identitaires telles que la race, l'ethnie ou la religion. En définitive, comme la noté la Cour suprême du Canada, les « droits à l'instruction dans la langue de la minorité, que garantit l'art. 23, ont un caractère unique »⁷⁰. C'est dans cette optique que la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Perron* a estimé qu'il était « nécessaire de signaler qu'au Canada et en Ontario la langue française a un statut spécial par rapport à d'autres langues »⁷¹. Selon nous, outre l'unicité des droits protégés par l'article 23 de la *Charte*, il existe au moins trois considérations qui appuient la reconnaissance d'une présomption en faveur de l'instruction dans la langue de la minorité, soit l'intérêt véritable de l'enfant, la dimension collective et intergénérationnelle du droit en question et la compétence que possède la cour de protéger les enfants qui font preuve d'une vulnérabilité à l'égard de la langue et de la culture. Ces considérations sont liées et seront abordées à tour de rôle.

A – L'intérêt véritable de l'enfant

L'intérêt véritable de l'enfant demeure le principe directeur dans le cadre des déterminations judiciaires de la garde des enfants et des droits accessoires à la garde. Le paragraphe 24(2) de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* établit une liste non exhaustive de facteurs qui doivent être pris en considération par la cour dans l'appréciation de l'intérêt véritable de l'enfant :

24. (2) Le tribunal prend en considération l'ensemble de la situation et des besoins de l'enfant, notamment :

- a) l'amour, l'affection et les liens affectifs qui existent entre l'enfant et :
 - (i) chaque personne qui a le droit de garde ou de visite, ou qui demande la garde ou le droit de visite,
 - (ii) les autres membres de la famille de l'enfant qui habitent avec lui,
 - (iii) les personnes qui soignent et éduquent l'enfant ;
- b) le point de vue et les préférences de l'enfant, s'ils peuvent être raisonnablement déterminés ;
- c) la durée de la période pendant laquelle

24. (2) The court shall consider all the child's needs and circumstances, including,

- (a) the love, affection and emotional ties between the child and,
 - (i) each person entitled to or claiming custody of or access to the child,
 - (ii) other members of the child's family who reside with the child, and
 - (iii) persons involved in the child's care and upbringing;
- (b) the child's views and preferences, if they can reasonably be ascertained;
- (c) the length of time the child has lived in a stable home environment;
- (d) the ability and willingness of each person applying for custody of the child to

⁷⁰ *Doucet-Boudreau*, *supra* note 66 au para 28.

⁷¹ *Perron 2012*, *supra* note 12 au para 17.

- l'enfant a vécu dans un foyer stable ;
- d) la capacité et la volonté de chaque personne qui demande, par requête, la garde de l'enfant de lui donner des conseils, de s'occuper de son éducation, de lui fournir les objets de première nécessité et de satisfaire ses besoins particuliers ;
- e) le projet que chaque personne qui présente une requête en vue d'obtenir la garde de l'enfant ou le droit de visite met de l'avant concernant les soins à donner à l'enfant et son éducation ;
- f) le caractère permanent et stable de la cellule familiale où l'on propose de placer l'enfant ;
- g) l'aptitude de chaque personne qui demande, par requête, la garde ou le droit de visite à agir en tant que père ou mère ;
- h) les liens du sang ou les liens établis en vertu d'une ordonnance d'adoption qui existent entre l'enfant et chaque personne qui est partie à la requête [nous soulignons].
- provide the child with guidance and education, the necessities of life and any special needs of the child;
- (e) the plan proposed by each person applying for custody of or access to the child for the child's care and upbringing;
- (f) the permanence and stability of the family unit with which it is proposed that the child will live;
- (g) the ability of each person applying for custody of or access to the child to act as a parent; and
- (h) the relationship by blood or through an adoption order between the child and each person who is a party to the application [nous soulignons].

Le caractère non exhaustif du paragraphe 24(2) de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* est bien reconnu⁷². Dans l'affaire *MacGyver*, la juge Abella affirme : « [c]learly, there is an inherent indeterminacy and elasticity to the “best interests” test ... »⁷³. Or, il ne fait aucun doute que l'expression « l'ensemble de la situation et des besoins de l'enfant » (“all the child's needs and circumstances”) au paragraphe 24(2) est suffisamment large pour inclure la situation de l'enfant en tant que membre d'une communauté de langue officielle minoritaire. Ainsi, lorsqu'une ordonnance de garde ou une ordonnance concernant la langue d'instruction est rendue à l'égard d'un enfant issu d'un couple exogame, l'appréciation judiciaire de l'intérêt véritable de l'enfant doit tenir compte de son appartenance, le cas échéant, à une communauté de langue officielle minoritaire. En l'espèce, les enfants de Madame Waring et de Monsieur Perron font partie de la communauté franco-ontarienne de Hamilton, qui évolue bien sûr en situation minoritaire. Dans le cas de ces trois enfants, la reconnaissance de leur appartenance à la

⁷² *M(BP) v M(BLDE)* (1992), 42 RFL (3^e) 349 au para 26, 59 OAC 19 (CA Ont). Il est de jurisprudence constante que l'emploi du mot « notamment » en français et « including » en anglais dénote une énumération non exhaustive d'exemples qui ne limitent aucunement la portée générale du libellé introductif. *Lavigne c Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 RCS 773 au para 53. Voir aussi *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 RCS 485 au para 14 : « L'emploi du terme 'notamment' indique que la liste n'est pas exhaustive ; ... ».

⁷³ *MacGyver c Richards* (1995), 22 RJO (3^e) 481, [1995] OJ n^o 770 au para 27 (CA) (QL). Voir *Goertz, supra* note 14 au para 20.

communauté franco-ontarienne implique donc nécessairement la reconnaissance de leur vulnérabilité linguistique et culturelle, ainsi que celle de leur communauté.

Bien que le juge de première instance a considéré le fait que les enfants étaient membres de la communauté minoritaire de langue officielle de Hamilton⁷⁴, il n'a pas tenu compte de ce facteur dans l'appréciation de leur intérêt véritable. Au contraire, selon le juge du procès, « the language issue in this trial is in some ways a distraction from what is in the best interests of the children »⁷⁵. Cette façon de concevoir les droits linguistiques et la question de la langue d'instruction des enfants – comme une « distraction » de ce qui est dans leur intérêt véritable – a été fermement rejetée par la Cour d'appel de l'Ontario. Selon le juge Rouleau, « il est erroné de qualifier la question linguistique comme étant « une distraction de ce qui est dans l'intérêt véritable des enfants »⁷⁶. La Cour d'appel poursuit son analyse en notant que « tous les facteurs prévus au par. 24(2) de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* doivent être considérés »⁷⁷, mais que « [l]a langue d'instruction des enfants est importante dans l'appréciation de l'intérêt véritable des enfants. Le juge de première instance devait comprendre ce facteur et [lui] accorder le poids approprié dans sa détermination des questions en litige » [nous soulignons]⁷⁸. Il est donc établi en droit ontarien que la langue d'instruction revêt maintenant un poids important dans l'appréciation de l'intérêt véritable des enfants issus de couples exogames, et ce peu importe la langue officielle du parent qui en obtient la garde. Les tribunaux doivent prendre acte de la vulnérabilité culturelle et linguistique des enfants issus de couples exogames, et lorsque les circonstances le justifient, accorder à ce facteur l'importance qui lui revient dans l'analyse de leur intérêt véritable.

La Cour d'appel de l'Ontario a également noté qu'il convient de privilégier l'instruction dans les écoles gérées et contrôlées par la minorité linguistique afin de favoriser le contact avec les deux parents et les deux langues officielles⁷⁹. Cette conclusion nous apparaît tout à fait cohérente avec le principe bien reconnu en droit de la famille qu'il est dans l'intérêt véritable de l'enfant de bénéficier du contact maximal de ses deux parents⁸⁰. Le but de ce principe est d'éviter l'aliénation de l'enfant et de faire en sorte qu'il apprenne à connaître ses deux parents et jouisse du soutien et de l'affection dont il a besoin pour se développer⁸¹. Or, lorsque la cour laisse au parent de la majorité linguistique, qui a la garde des enfants, la pleine prérogative concernant leur langue d'instruction, il entérine potentiellement les effets de l'assimilation et facilite l'apprentissage d'une seule langue et d'une seule culture, au détriment de la richesse des communications de l'enfant avec son autre parent. Ce risque est exacerbé à l'égard du parent qui relève d'une communauté de langue officielle fortement minorisée. Ce parent fait face à une

⁷⁴ Perron 2010, *supra* note 12 aux para 133-34.

⁷⁵ *Ibid* au para 136.

⁷⁶ Perron 2012, *supra* note 12 au para 32.

⁷⁷ *Ibid* au para 40.

⁷⁸ *Ibid* au para 32.

⁷⁹ Perron 2012, *supra* note 12 aux para 21, 44-45.

⁸⁰ *Loi sur le divorce*, *supra* note 14, art 16(10) : « 16. (10) En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt et, à cette fin, tient compte du fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée ou non à faciliter ce contact. »

⁸¹ *Young c Young*, [1993] 4 RCS 3, 84 BCLR (2^e) 1.

aliénation progressive et insidieuse; il risque de devenir aux yeux de ses enfants un étranger qui parle une langue qui n'est pas la leur et qui appartient à une culture qu'ils ne reconnaissent pas. Sous le poids de l'unilinguisme du parent de la majorité linguistique et de sa famille élargie, le parent de la minorité linguistique est mis en demeure de choisir entre sa langue ou ses enfants, de communiquer avec eux dans la langue de la majorité ou de ne pas communiquer avec eux du tout. L'intérêt véritable des enfants ne réside pas, à notre avis, dans l'appauvrissement du contact avec le parent de la minorité linguistique. Au contraire, il est dans l'intérêt véritable des enfants de leur assurer une éducation qui favorise le bilinguisme additif en les exposant pleinement aux deux langues officielles et de renforcer leur contact avec leurs deux parents. Comme l'a souligné la Cour d'appel de l'Ontario, l'éducation dans la langue de la minorité permet à l'enfant issu de cette communauté d'acquérir un bilinguisme additif en compensant pour l'influence assimilatrice de l'environnement linguistique majoritaire⁸².

On ne saurait demander à un parent de langue officielle minoritaire de jouer à la fois le rôle de gardien, d'environnement social et d'école pour ses enfants et d'assurer la transmission de sa langue et de sa culture à ses enfants. En imposant au parent de la minorité linguistique la charge de transmettre tout seul son identité en tant que membre d'une communauté de langue officielle, on le prépare à l'échec, surtout lorsque ce parent ne jouit que d'un droit d'accès à ses enfants, comme c'était le cas de Monsieur Perron. Il faut reconnaître les innombrables forces assimilatrices qui poussent l'enfant vers la langue de la majorité. La maîtrise complète des deux langues s'accomplit par le choix d'un système scolaire qui compense en partie pour l'environnement socio-culturel de la langue dominante⁸³. Même une école qui partage 50 % de ses cours entre le français et l'anglais – comme l'École St. Eugene – ne saurait assurer la transmission de l'identité linguistique et culturelle, car elle n'enseigne pas le bilinguisme additif suffisant à l'épanouissement de ces enfants dans les deux langues⁸⁴. Dans les juridictions à majorité anglophone, par exemple, la francité familioscolaire est essentielle au développement bilingue des enfants francophones, particulièrement des enfants issus de couples exogames⁸⁵. Selon les chercheurs, c'est la francité familioscolaire bien plus que la structure familiale qui détermine l'appartenance de l'enfant à ses sources canadiennes-françaises⁸⁶. L'école joue donc le premier rôle dans la transmission d'une identité linguistique, suivi de la famille qui renforce l'impact de l'école. Il est particulièrement intéressant de voir que les enfants issus de couples exogames et éduqués en français affirment ressentir une appartenance aux deux groupes linguistiques⁸⁷. Une identité réellement bilingue dans les régions anglophones passe donc par l'éducation homogène en français.

Par sa décision dans l'affaire *Perron*, la Cour d'appel écarte non seulement la notion bizarre que la connaissance de la langue française pourrait constituer un obstacle à la relation d'un parent avec ses enfants⁸⁸, elle rejette également la position soutenue lors du procès que l'éducation en français nuirait aux perspectives d'études postsecondaires et, en amont, aux

⁸² *Perron 2012, supra* note 12 aux para 17-22. Voir aussi Landry, *Libérer le potentiel...*, *supra* note 21 à la p 23.

⁸³ *Ibid* à la p 20.

⁸⁴ *Ibid* à la p 23.

⁸⁵ *Ibid* à la p 20.

⁸⁶ Voir par ex. Landry et Allard, « L'exogamie et le maintien de deux langues... », *supra* note 9.

⁸⁷ *Ibid* à la p 581.

⁸⁸ *Perron 2010, supra* note 12 au para 136.

opportunités de travail des enfants⁸⁹. C'est tout le contraire qui se produit. Selon la Cour d'appel de l'Ontario, la maîtrise des deux langues officielles par l'entremise d'une éducation obtenue dans les écoles homogènes de la minorité linguistique est dans l'intérêt véritable des enfants puisqu'elle « ouvre les portes à de plus grandes possibilités universitaires et d'emplois »⁹⁰. Ces considérations appuient la présomption qu'il est dans l'intérêt véritable des enfants issus de couples exogames qu'ils reçoivent leur éducation dans écoles homogènes de la minorité linguistique.

Finalement, notons que le Canada est titulaire d'obligations en vertu du droit international qui appuient la présomption établie dans l'arrêt *Perron*, c'est-à-dire qu'il est dans l'intérêt véritable des enfants de participer pleinement à toutes les facettes linguistiques et culturelles de son identité. Les articles 29 et 30 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* sont particulièrement pertinents⁹¹ :

Article 29

1. Les Etats parties conviennent que l'éducation de l'enfant doit viser à :
[...]

- c) Inculquer à l'enfant le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne ; [...]

Article 30

Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe.

Article 29

1. States Parties agree that the education of the child shall be directed to:
[...]

- c) The development of respect for the child's parents, his or her own cultural identity, language and values, for the national values of the country in which the child is living, the country from which he or she may originate, and for civilizations different from his or her own; [...]

Article 30

In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities or persons of indigenous origin exist, a child belonging to such a minority or who is indigenous shall not be denied the right, in community with other members of his or her group, to enjoy his or her own culture, to profess and practise his or her own religion, or to use his or her own language.

⁸⁹ *Ibid* au para 17.

⁹⁰ *Perron 2012*, *supra* note 12 au para 46.

⁹¹ *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3 [*Convention relative aux droits de l'enfant*]. Le Canada a signé la *Convention* le 28 mai 1990 et il l'a ratifiée le 13 décembre 1991.

Les articles 29 et 30 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* doivent guider l'interprétation de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* et le développement des principes de common law régissant l'appréciation judiciaire de l'intérêt véritable de l'enfant⁹².

B – Un intérêt collectif et intergénérationnel

Une deuxième considération qui appuie la reconnaissance d'une présomption favorisant l'instruction dans la langue de la minorité est la manière que les droits protégés par l'article 23 de la *Charte* sont acquis.

En tant que membres d'une communauté de langue officielle en situation minoritaire, les enfants sont des héritiers des droits enchâssés à l'article 23 de la *Charte*, droits qu'ils pourront exercer un jour en faveur de leurs propres enfants. En effet, l'enfant scolarisé au niveau primaire dans une école homogène de langue française deviendra, une fois adulte, une personne ayant le droit constitutionnel de partager son héritage culturel et linguistique avec ses enfants, et ce grâce aux fonds publics. En revanche, l'instruction primaire dans une école de langue anglaise, que ce soit ou non dans un programme d'immersion, court-circuite la transmission intergénérationnelle des droits garantis par l'article 23 de la *Charte*.

Selon la Cour suprême du Canada, « l'objet général de l'art. 23 est clair : il vise à maintenir les deux langues officielles du Canada ainsi que les cultures qu'elles représentent et à favoriser l'épanouissement de chacune de ces langues, dans la mesure du possible, dans les provinces où elle n'est pas parlée par la majorité. L'article cherche à atteindre ce but en accordant aux parents appartenant à la minorité linguistique des droits à un enseignement dispensé dans leur langue partout au Canada »⁹³. La dimension collective des droits linguistiques garantis par l'article 23 de la *Charte* et la nécessité de leur transmission intergénérationnelle reposent donc au cœur des préoccupations des communautés en situation minoritaire. Chose certaine, le droit constitutionnel à l'instruction dans la langue de la minorité est un droit particulier – contrairement aux autres droits garantis par la *Charte* – en ce qu'il peut être perdu à jamais s'il n'est pas exercé et transmis aux enfants de la génération suivante⁹⁴.

Pour exercer et transmettre le droit à l'instruction dans leur langue maternelle fondé sur l'article 23 de la *Charte*, les membres des communautés de langue officielle minoritaires doivent eux-mêmes avoir reçu leur instruction primaire dans la langue de la minorité, posséder le français comme première langue apprise et toujours comprise, ou encore avoir réussi à inscrire un enfant dans une école homogène de la minorité. Puisqu'au Canada, à l'extérieur du Québec (et même pour plusieurs individus au Québec), la langue française s'apprend aujourd'hui principalement à l'école et non au foyer, c'est de plus en plus en raison de la langue d'instruction de leurs études primaires que les parents acquièrent maintenant des droits sous l'article 23 de la

⁹² *R c Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 RCS 292 au para 39 ; *Bhajan c Bhajan*, 2010 ONCA 714, 104 RJO (3^e) 368 aux para 12-14 et 21 [*Bhajan*].

⁹³ *Mahé*, *supra* note 20 à la p 362.

⁹⁴ *Doucet-Boudreau*, *supra* note 66 au para 28.

*Charte*⁹⁵. Par conséquent, lorsqu'un enfant de la minorité de langue française est placé dans une école de la majorité anglophone, non seulement risque-t-il l'assimilation linguistique et culturelle, il perd vraisemblablement du coup la possibilité de transmettre son droit fondé sur l'article 23 de la *Charte* à sa progéniture puisqu'il ne satisfera probablement pas aux critères prévus aux paragraphes 23(1) et (2) de la *Charte*.

L'école homogène dans la langue de la minorité est la seule qui puisse avoir la chance de développer un bilinguisme additif chez l'enfant issu de la minorité linguistique officielle⁹⁶. L'une des raisons pour laquelle les communautés de langue officielle ont tellement lutté pour avoir le contrôle de leurs systèmes scolaires est que le simple apprentissage de la langue ne permet normalement pas de développer chez l'enfant une identité linguistique minoritaire.

Les intérêts des parents ayant des droits en vertu de l'article 23 de la *Charte* débordent largement celui d'exposer leurs enfants à la langue française. Le simple apprentissage de la langue n'est aucunement consolatoire pour un parent ou une communauté francophone en l'absence de la transmission d'une identité linguistique et d'un droit constitutionnel. Ni l'école dans la langue de la majorité ni l'école d'immersion ne sont capables d'offrir cela.

La non-adéquation entre l'école homogène en français et l'école d'immersion se reflète non seulement dans la transmission d'une identité linguistique, mais aussi dans le statut juridique que chacune offre à ses élèves. L'école d'immersion n'a aucun statut juridique. Elle répond à un besoin important, certes, mais qui n'est que la demande de parents souhaitant exposer leurs enfants à la langue française. L'école homogène en langue française joue un rôle beaucoup plus complexe : elle est chargée non seulement d'enseigner un curriculum donné, mais aussi de transmettre une langue et une identité linguistique et culturelle propre à une faible proportion de la population. Elle permet de protéger leurs droits collectifs en offrant aux parents appartenant à cette collectivité le droit de faire instruire leurs enfants par un système scolaire qui leur est propre et qui les représente⁹⁷.

L'école dans la langue de la minorité n'est pas la seule manière d'acquérir le droit prévu à l'article 23. Cela dit, les tribunaux devraient tenir compte des opportunités de l'enfant dans l'évaluation de son intérêt véritable. L'identité linguistique s'acquiert avec une exposition de longue durée à la langue et à la culture avant même que l'enfant prononce ses premiers mots. Cette identité s'enracine plus tard grâce à une exposition adéquate à la langue de la minorité pendant l'enfance et l'adolescence. Il est difficile pour une personne d'acquérir des droits aux termes de l'article 23 de la *Charte* si ceux-ci ne sont pas transmis directement par un parent⁹⁸. Les enfants membres de minorités linguistiques officielles sont donc vulnérables à l'assimilation et sont tous à risque de ne jamais pouvoir acquérir et transmettre leur identité culturelle s'ils ne

⁹⁵ Landry et Allard, « L'exogamie et le maintien de deux langues... », *supra* note 9 ; Landry, « L'éducation : pierre angulaire de la revitalisation... », *supra* note 64 ; Landry, *Libérer le potentiel...*, *supra* note 21 ; Rocque, « Vers l'élaboration d'une politique de l'exogamie... », *supra* note 64.

⁹⁶ Landry, *Libérer le potentiel...*, *supra* note 21 à la p 23.

⁹⁷ Mahé, *supra* note 20 à la p 362.

⁹⁸ Michael Aquilino, « Qui suis-je ? : Identité linguistique et exclusion des non-ayant droit par l'article 23 de la *Charte* » (2006-2007) 38 RD Ottawa 65 [Aquilino, « Qui suis-je ?... »].

sont pas suffisamment exposés à leur propre langue et à leur propre culture avant d'atteindre l'âge adulte.

Il va sans dire que la perte de l'opportunité d'acquérir un droit constitutionnel patrimonial doit être considérée très attentivement par les tribunaux. Dans le cadre d'un divorce exogame, le choix de la langue d'éducation des enfants ne peut suivre aveuglement le choix du parent qui a la garde de l'enfant puisqu'il s'agit d'une décision largement influencée par la culture du parent aussi bien du côté de la majorité que de la minorité. Les parents qui n'ont pas fréquenté l'école homogène de langue française, par exemple, sont beaucoup moins enclins à y envoyer leurs enfants⁹⁹. Si la décision d'envoyer son enfant dans une école homogène de langue française relève d'une préférence personnelle, l'impact, quant à lui, de cette décision sur l'intérêt de l'enfant membre d'une communauté protégée et de celui sur sa collectivité ne laisse généralement pas de doute sur l'avantage de l'éducation dans la langue de la minorité. Ces facteurs peuvent et doivent être évalués par les tribunaux, qui ne sauraient avoir de parti pris culturel en prenant cette décision à l'égard de l'intérêt de l'enfant, de sa communauté linguistique et de la société canadienne dans son ensemble. D'où l'impartialité et le bien-fondé d'une présomption en faveur de l'éducation dans la langue de la minorité pour les parents qui ne sont pas en instance de divorce et qui peuvent se prévaloir du droit constitutionnel protégé à l'article 23 de la Charte et ainsi inscrire leurs enfants dans une école de la communauté linguistique minoritaire. Il n'y a aucune raison pour que le bien-fondé de cette décision soit différent pour un enfant membre d'une communauté protégée lorsque ses parents se divorcent.

Les droits que protège l'article 23 de la *Charte* sont particuliers, voire uniques¹⁰⁰. Leur application est limitée par des critères relatifs aux personnes qui peuvent les exercer, à certaines conditions. Le droit à l'éducation dans la langue de la minorité ne s'applique qu'aux citoyens canadiens qui répondent à un des trois critères prévus à l'article 23. À l'exception du troisième critère, qui favorise davantage la mobilité des citoyens à travers le Canada¹⁰¹, la transmission du droit dépend surtout d'une de deux décisions parentales : le choix de la première langue apprise par l'enfant et le choix de la langue d'éducation primaire de l'enfant. Pour les enfants nés de parents exogames, la langue parlée à la maison est souvent celle de la majorité. D'ailleurs, « [e]n 2001, le coefficient de continuité linguistique des francophones sur l'échelle nationale était de 61,6 % »¹⁰² et seulement un enfant sur deux de parents ayant des droits en vertu de l'article 23 de la *Charte* à l'extérieur du Québec avait le français comme langue maternelle¹⁰³. Le choix de la langue maternelle de l'enfant ou de la transmission d'une autre langue n'est, dans bien des cas, pas un geste posé consciemment. Les statistiques démontrent que beaucoup de couples exogames parlent la langue de la majorité à la maison. Cette tendance se poursuit quand naissent les enfants, surtout si le parent qui appartient à la majorité linguistique est unilingue¹⁰⁴. Beaucoup d'enfants issus de couples exogames ne peuvent donc pas profiter du premier critère énoncé dans

⁹⁹ Corbeil, Grenier et Lafrenière, *supra* note 9 à la p 60.

¹⁰⁰ Foucher et Power, *supra* note 8 à la p 415.

¹⁰¹ Solski, *supra* note 37 au para 30.

¹⁰² Aquilino, « Qui suis-je ?... », *supra* note 98 à la p 86.

¹⁰³ Landry, « L'éducation : pierre angulaire de la revitalisation... », *supra* note 64 à la p 17.

¹⁰⁴ JP Corbeil, *L'exogamie et la vitalité des communautés francophones en situation minoritaire : vécu langagier et trajectoires linguistiques*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2005 cité dans Landry, « L'éducation : pierre angulaire de la revitalisation... », *supra* note 64 à la p 18.

la *Charte* pour hériter du droit de leur parent, même s'ils apprennent la langue plus tard dans leur vie. Cela étant dit, même les enfants qui ont la langue de la minorité comme première langue apprise ne sont pas assurés d'obtenir le droit : encore faut-il qu'ils parlent la langue à l'âge adulte ; le français devant être « toujours compris » par les parents pour qu'ils aient des droits en vertu de l'alinéa 23(1)a) de la *Charte*.

Le rôle de l'école primaire est primordial, non seulement pour la transmission du droit à l'alinéa 23(1)b), mais aussi pour l'apprentissage de la langue, critère nécessaire à la transmission de ce droit en vertu de l'alinéa 23(1)a). Les écoles primaires deviennent effectivement les pépinières de la transmission de droits constitutionnels !

Mais toute médaille a un revers. Le droit à l'éducation dans la langue de la minorité d'un parent découle d'un compromis entre les législateurs, lesquels ont la responsabilité de veiller au système d'éducation et aux communautés linguistiques minoritaires. Bien que ce compromis ne puisse avoir d'incidence sur l'étendue du droit¹⁰⁵, celui-ci est tout de même soumis à la condition d'une demande suffisante pour le service d'une communauté à l'autre. Ceci signifie que, là où il n'y a pas déjà une communauté minoritaire assez nombreuse pour justifier la création d'une école, le droit ne pourra pas être exercé par les parents qui le souhaiteraient. Pour une communauté où la francité est très faible, le paragraphe 23(3) est une barrière à la transmission du droit. Pour une communauté où la francité est en déclin, il est un facteur précipitant l'assimilation linguistique.

Il n'est pas difficile de comprendre pourquoi les communautés linguistiques insistent tellement pour que leur intérêt collectif soit considéré lorsqu'on voit l'interdépendance entre elles et les individus qui les forment. L'article 23 de la *Charte* est donc réparateur. Il faut comprendre cependant que cet article n'est pas une panacée pour la protection des droits des minorités linguistiques. Il convient de donner aux droits réparateurs une interprétation large pour éviter qu'ils ne deviennent une façade derrière laquelle se cacheraient pernicieusement une réalité discriminatoire. Si les tribunaux devaient faire abstraction de l'influence de leurs décisions judiciaires en matière de divorce sur les communautés d'expression française, ils contribueraient effectivement à leur assimilation chronique que la forte exogamie de ces Canadiens ne fait qu'accroître.

L'intérêt collectif des minorités se manifeste aussi dans l'importance pour ces communautés de protéger les héritiers des droits linguistiques alors qu'ils sont jeunes et vulnérables à l'assimilation. D'ailleurs, le choix du terme « citoyens canadiens » au lieu de « parents » dans le libellé de l'article 23 est « une indication du caractère collectif du droit reconnu à l'article 23 »¹⁰⁶. Après tout, les communautés linguistiques ont collectivement lutté pour revendiquer leurs droits. De plus, le droit à l'éducation dans la langue de la minorité est lui-même soumis à une demande suffisante des autres membres de la communauté. L'interdépendance entre la relève linguistique et la vitalité communautaire est un phénomène à court terme et à long terme.

¹⁰⁵ *Beaulac*, *supra* note 67 au para 24.

¹⁰⁶ Foucher et Power, *supra* note 8 à la p 418.

Dans un premier temps, la perte d'héritiers aux droits prévus à l'article 23 de la *Charte* se fait sentir par une perte de financement. Dans plusieurs provinces comme l'Ontario, le financement des écoles est établi en fonction du nombre d'élèves. Ainsi, une école ayant plus d'élèves peut faire des économies d'échelles et fournir un plus grand éventail de services et des services de meilleure qualité¹⁰⁷. Or, bien des écoles de langue française à l'extérieur du Québec sont très petites (moins de 100 élèves) et ont du mal à fournir des services adéquats dans leur langue. Il faut savoir aussi que le coût des ressources scolaires en français (comme les manuels et le matériel didactique) est plus élevé. La perte d'un élève héritier ou d'une famille d'élèves héritiers des droits garantis par l'article 23 de la *Charte* au profit d'une école de la majorité linguistique a un impact important et représente, à long terme, une perte pour la relève de la communauté linguistique minoritaire.

Dans un second temps, la diminution des élèves pouvant être admis dans les écoles de la communauté linguistique en situation minoritaire mène éventuellement à l'extinction du droit¹⁰⁸. Si, de génération en génération, le droit tombe en désuétude, il sera très difficile, voire impossible, à partir d'un très petit bassin de population, de rétablir les populations linguistiques minoritaires du Canada. D'ailleurs, le dernier recensement a établi que les communautés linguistiques se territorialisaient¹⁰⁹, ce qui ne présage rien de bon pour les communautés linguistiques en situation minoritaire, dont le nombre diminue d'année en année. Pour protéger la viabilité des droits enchâssés à l'article 23, il faut protéger leur transmission. En appliquant une présomption en faveur de l'éducation dans la langue de la minorité, les tribunaux feraient justement cela, sans toutefois rejeter des circonstances militent pour la réfutation de la présomption. Les tribunaux rempliraient tous leurs rôles : ils défendraient l'intérêt des enfants et protégeraient le droit constitutionnel des parents tout en acceptant qu'il est parfois dans l'intérêt de l'enfant que celui-ci soit, lorsqu'il est justifié de le faire, intégré à l'école de la majorité. Le caractère réparateur de l'article 23 nécessite que cette démarche soit complétée diligemment pour éviter que la transmission du droit constitutionnel de l'accès à l'éducation dans la langue de la minorité soit oubliée dans l'analyse de l'intérêt de l'enfant.

C – La compétence *parens patriae* des cours supérieures

Enfin, la reconnaissance d'une présomption en faveur de l'instruction dans les écoles homogènes de la minorité de langue officielle se justifie potentiellement par la compétence *parens patriae* des cours supérieures de protéger les enfants vulnérables. La Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Perron* a souligné la nécessité de tenir compte, le cas échéant, de l'appartenance des enfants à la communauté minoritaire de langue officielle et de prendre acte de leur état de vulnérabilité. En plus des considérations qui soutiennent l'intérêt véritable des enfants, les cours supérieures pourraient exercer leur compétence *parens patriae* et rendre l'ordonnance qui est la plus susceptible d'assurer le maintien et l'épanouissement des enfants en tant que membre de la communauté minoritaire de langue officielle.

¹⁰⁷ *Arsenault-Cameron*, *supra* note 26.

¹⁰⁸ Aquilino, « Qui suis-je ?... », *supra* note 98 à la p 80.

¹⁰⁹ Landry, *L'éducation : pierre angulaire de la revitalisation...*, *supra* note 64 à la p 3.

L'exercice de la compétence *parens patriae* des tribunaux à l'égard d'un enfant membre d'une communauté de langue officielle minoritaire s'inscrit en toute cohérence dans les paramètres historiques de cette compétence protectrice. La Cour suprême du Canada a reconnu que la compétence *parens patriae* des cours supérieures à l'égard des enfants vulnérables du pays est « théoriquement illimitée »¹¹⁰, que « les catégories à l'égard desquelles la compétence peut être exercée ne sont jamais closes »¹¹¹ et, certainement, qu'elle « s'étend “aussi loin que ce qui est nécessaire pour assurer la protection et l'éducation” »¹¹². L'exercice de la compétence *parens patriae* en matière d'éducation reflète l'intérêt fondamental de l'État dans l'instruction de ses citoyens les plus vulnérables. En adoptant les propos de la Cour de la Chancellerie anglaise, la Cour suprême du Canada a noté que la compétence *parens patriae* :

qui est attribuée au détenteur du grand sceau à titre de représentant de Sa Majesté, quant à la garde des enfants tire son origine de ce qu'il est dans l'intérêt de l'État et du souverain que les enfants soient convenablement élevés et instruits ; et selon les principes de notre droit, le souverain, à titre de *parens patriae*, est tenu de s'occuper du soutien et de l'éducation de tous ses sujets [nous soulignons]¹¹³.

La jurisprudence de la Cour d'appel de l'Ontario apporte des précisions importantes, soulignant que la compétence *parens patriae* des cours supérieures « may be applied to rescue a child in danger or to bridge a legislative gap »¹¹⁴ et que l'exercice de cette discrétion est, en définitive, « a very fact specific exercise »¹¹⁵. Soulignons enfin que la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* préserve explicitement la compétence *parens patriae* des cours supérieures dans le cadre d'ordonnances de garde fondées sur l'intérêt véritable de l'enfant¹¹⁶.

Ainsi, dans les situations où un parent de la majorité linguistique ayant la garde refuse de les inscrire dans une école de langue française, un juge de la cour supérieure pourrait invoquer sa compétence *parens patriae* pour assurer que les enfants reçoivent leur éducation dans la langue de la minorité afin de sauvegarder leur intérêt véritable, ce qui correspond du coup à l'intérêt de l'État. Effectivement, l'intérêt du gouvernement d'assurer la protection et l'instruction des enfants vulnérables est consubstantiellement lié au projet constitutionnel et à l'intérêt national d'assurer le maintien et l'épanouissement des communautés minoritaires de langue officielle. Comme l'a noté la juge Abella à l'égard de l'article 23 de la *Charte* : « The heading of s. 23 is instructive. It reads “Minority Language Education Rights”, thereby stressing both language and education, and reinforcing the inextricable connection between the two »¹¹⁷.

Bien que ces considérations n'aient pas toutes été explicitement citées dans l'affaire *Chauvin v. Chauvin*, cette affaire illustre néanmoins comment une ordonnance assurant l'éducation dans la langue de la minorité puisse actualiser l'intérêt véritable des enfants issus de

¹¹⁰ *E (Mme) c Eve*, [1986] 2 RCS 388 au para 46.

¹¹¹ *Ibid* au para 74.

¹¹² *Ibid* au para 42, citant lord Redesdale dans l'affaire *Wellesley c Wellesley* (1828), 4 ER 1078 à la p 1083 (HL).

¹¹³ *King c Low*, [1985] 1 RCS 87 au para 14, citant *Hope c Hope* (1854), 43 ER 534 à la p 540 (Ch).

¹¹⁴ *AA c BB*, 2007 ONCA 2 au para 27 (CanLII).

¹¹⁵ *Bhajan*, *supra* note 92 au para 30.

¹¹⁶ *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, *supra* note 42, art 69.

¹¹⁷ *Abbey c Essex County Board of Education*, 1999 CanLII 3693 (ON CA).

couples exogames. Dans cette affaire, la mère anglophone qui avait la garde des enfants avait placé les enfants dans une école homogène de l'anglais contre le gré du père francophone. En soulevant l'intérêt véritable des enfants en tant que membres de la communauté minoritaire franco-ontarienne, la Cour conclut :

[W]hen a trial court is called upon, in otherwise jurisdictionally sound proceedings under the *Children's Law Reform Act*, to decide upon the educational future of a child, the court should start by paying high deference to the decision of the custodial parent. That is a matter of common sense as well as logic. However, the court is required in matters of custody and access, as they arise in otherwise proper proceedings, to consider what is in the best interests of the child and it cannot evade that best interests decision behind deference to the custodial parent, if the evidence demonstrates compellingly that the educational decision is wrong and lacks appropriate regard for the best interests of the child or children. [...]

I am satisfied, on the evidence, that if they do not go back to a French language program at Sainte-Catherine's in Paincourt, beyond doubt, they will lose their capacity to be operationally and functionally bilingual, in later years, in high school and beyond high school in their adult lives. That is something which these two children, in their special circumstances, should not be denied¹¹⁸.

En rendant son ordonnance, la Cour dans cette affaire a non seulement assuré l'acculturation francophone des enfants Chauvin, mais elle a aussi eu pour effet de préserver la transmissibilité de leur droit constitutionnel à faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité en vertu de l'article 23 de la *Charte*.

La situation des enfants Perron et Waring est essentiellement la même que celle des enfants Chauvin : ils sont vulnérables et risquent l'assimilation linguistique et culturelle et risquent de surcroît de contribuer à l'extinction d'un droit constitutionnel. Le résultat dans l'affaire *Chauvin* reflète l'intérêt véritable des enfants, l'intérêt national, provincial et territorial d'assurer le maintien et l'épanouissement des communautés de langues officielles minoritaires et est conforme aux principes enchâssés dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*. En effet, en ordonnant l'inscription des enfants Chauvin dans une école de langue française, la Cour a favorisé l'inculcation du « respect ... de [leur] identité, de [leur] langue et de [leurs] valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales »¹¹⁹.

L'enfant qui est membre d'une communauté de langue officielle minoritaire est de ce fait vulnérable sur les plans linguistique et culturel. Cette vulnérabilité doit être prise en compte dans l'appréciation de l'intérêt véritable de l'enfant au sens du paragraphe 24(2) de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*. Au besoin, si les circonstances de l'espèce le justifient, la Cour se doit d'exercer sa compétence *parens patriae* pour protéger l'enfant, pour préserver sa capacité de participer à sa culture et pour préserver sa langue et sa capacité de transmettre son droit constitutionnel garanti à l'article 23 de la *Charte* à la prochaine génération.

¹¹⁸ *Chauvin*, supra note 17 aux para 34 et 40.

¹¹⁹ *Convention relative aux droits de l'enfant*, supra note 91, art 29(1)c).

Conclusion

En prenant pour appui un cas récent dans la jurisprudence ontarienne, l'affaire *Perron c. Perron*, cet article a soulevé la question de la transmission des droits prévus à l'article 23 de la *Charte* chez les couples exogames en instance de divorce qui ne s'entendent pas sur la langue d'éducation de leur enfant. Cet article a voulu montrer que l'intérêt véritable de l'enfant, le principe clé derrière toute décision en matière de garde, est compatible avec la transmission du patrimoine linguistique et culturel qu'est l'accès à une éducation dans la langue de la minorité. Pour appuyer cette thèse, les avantages d'une éducation homogène dans la langue de la minorité ont été montrés, du point de vue personnel de l'enfant, du point de vue des collectivités et du point de vue du rôle *parens patriae* des tribunaux. Une fois qu'on reconnaît à l'enfant un intérêt qui inclut la protection de son identité culturelle et linguistique dans une communauté de langue officielle en situation minoritaire, l'adéquation entre la *Charte* et l'intérêt de l'enfant est plus aisée. Les droits protégés à l'article 23 de la *Charte* nécessitent en effet qu'on lui prête une interprétation large, sans quoi son caractère réparateur serait tronqué. Une présomption en faveur de la transmission des droits garantis par l'article 23 de la *Charte*, c'est-à-dire en faveur du maintien des enfants dans une école de la minorité linguistique ou de leur inscription dans une telle école, reflète le rôle particulier de l'école homogène de la langue de la minorité dans la transmission de droits constitutionnels. Par ailleurs, une telle ordonnance se justifie potentiellement au regard de la compétence *parens patriae* des cours supérieures.

Cet article étant le premier de son genre sur la question du transfert du droit prévu à l'article 23, il a tenté de relier plusieurs phénomènes apparemment disparates (divorces, exogamie, transfert intergénérationnel de droits constitutionnels) pour montrer qu'en déconsidérant un intérêt particulier aux minorités linguistiques officielles du Canada, les tribunaux contribueraient en fait à creuser l'écart entre la minorité et la majorité linguistique officielle. L'égalité réelle entre ces collectivités nécessite que le tribunal accorde plus d'importance à certains facteurs d'intérêt pour ces minorités, comme la langue d'éducation, pour compenser l'influence de la majorité linguistique. À moins que la présomption en faveur de la transmission d'un droit constitutionnel ne soit réfutée par la preuve de circonstances, l'intérêt de l'enfant sera servi en mettant l'accent sur l'intérêt de sa communauté linguistique. L'article n'est pas allé en détail sur la question du droit de la famille. Une étude de l'impact du développement d'une identité dans la langue de la minorité chez l'enfant est nécessaire pour insérer les questions soulevées dans l'arrêt *Perron c. Perron* dans un contexte plus large et faire reconnaître le statut particulier des enfants d'ayants droit dans le cadre de jugements pour la garde de ces enfants.