

L'article 23 de la Charte : un compromis audacieux*

Pierre Foucher

Professeur à l'École de droit de l'Université de Moncton

À la différence des droits linguistiques qui sont fondés sur un compromis politique, les garanties juridiques tendent à être de nature plus féconde parce qu'elles se fondent sur des principes. Certaines d'entre elles, par exemple celle énoncée à l'article 7 de la Charte, sont formulées de manière si large que les tribunaux seront souvent appelés à les interpréter.

D'autre part, même si certains d'entre eux ont été élargis et incorporés dans la Charte, les droits linguistiques ne reposent pas moins sur un compromis politique.

Cette différence essentielle entre les deux types de droits impose aux tribunaux une façon distincte d'aborder chacun. Plus particulièrement, les tribunaux devraient hésiter à servir d'instruments de changement dans le domaine des droits linguistiques. Cela ne veut pas dire que les dispositions relatives aux droits linguistiques sont immuables et qu'elles doivent échapper à toute interprétation par les tribunaux. Je crois cependant que les tribunaux doivent les aborder avec plus de retenue qu'ils ne le feraient en interprétant des garanties juridiques.¹

Ces mots du juge Beetz dans l'affaire *Société des Acadiens* n'ont pas fini de résonner dans le paysage juridique des droits linguistiques au Canada. Ils font désormais partie du droit constitutionnel canadien et servent de mesure et de règle d'interprétation aux juges qui ont maintenant à se pencher sur l'interprétation de l'article 23 de la Charte canadienne des droits. On peut déjà retracer l'origine de cette idée du juge Beetz en 1984, alors qu'au sujet des conflits entre les critères d'accès de la Loi 101 du Québec et ceux que définit justement l'article 23, il décrivait l'article 23 comme étant une solution canadienne à un problème canadien et indiquait déjà qu'on n'était pas en présence d'un droit fondamental classique. Voici ce qu'il écrivait alors :

L'article 23 de la Charte n'est pas, comme d'autres dispositions du même document constitutionnel, de ceux que l'on rencontre communément dans les chartes et déclarations de droits fondamentaux du même genre. Il n'est pas la codification de droits essentiels, préexistants et plus ou moins universels que l'on voudrait confirmer et peut-être préciser, étendre ou modifier et auxquels on veut surtout conférer une primauté et une intangibilité

* La présente chronique est le texte révisé d'une allocution prononcée par l'auteur au colloque international sur les droits linguistiques tenu à Montréal le 28 avril 1988.

1. *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549, 578 (juge Beetz).

*nouvelles en les enchâssant dans la loi suprême du pays. L'article 23 de la Charte constitue, dans sa spécificité, un ensemble unique de dispositions constitutionnelles, tout à fait particulier au Canada.*²

La notion de compromis n'est pas entièrement nouvelle en droit constitutionnel canadien. Dans maintes affaires célèbres de partage des compétences, on a eu recours à diverses notions de fédéralisme. Qu'on pense à l'épineuse question de l'étendue du pouvoir général du Parlement du Canada de faire des lois pour la « Paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada », alors que récemment le juge Laforest s'estimait d'avis que l'extension de cette compétence aux déversements dans les eaux intérieures des provinces irait à l'encontre des principes du fédéralisme³ ; ou à celle de la portée du pouvoir fédéral en droit criminel par rapport au pouvoir provincial sur l'administration de la justice criminelle, alors que le juge Dickson a recouru à la notion du compromis de 1867 pour refuser au Parlement canadien la compétence sur les poursuites criminelles⁴ (il faut dire que dans ces deux cas, l'opinion invoquée était dissidente) ; les concepts de base du fédéralisme furent toujours présents pour soutenir l'interprétation d'une règle de droit. Dans les affaires impliquant les institutions nationales, le compromis de 1867 fut aussi invoqué au soutien de la portée du pouvoir fédéral de nommer les juges des cours

supérieures, en relation avec celui des provinces de créer des tribunaux administratifs⁵ ; on y vint aussi en 1980 lorsqu'il fallut décider si le Parlement pouvait modifier unilatéralement le Sénat⁶.

Cependant, en 1981, la Cour fit clairement savoir que les thèses sur le fédéralisme ne pouvaient pas créer du droit. Les compromis politiques servent à interpréter le droit, non à le faire. À chaque fois qu'ils furent invoqués, c'était pour éclairer une règle de droit ou lui donner un fondement⁷.

Ce qu'il y a de nouveau dans l'approche du juge Beetz, de nouveau et, oserai-je dire en toute déférence pour l'opinion contraire, de malheureux, c'est que cette notion déborde le cadre strict du partage des compétences (un domaine où des concepts politiques peuvent avoir leur utilité puisqu'il s'agit essentiellement de départager des *pouvoirs*) et celui des institutions (où il s'agit encore de définir les pouvoirs et responsabilités de celles-ci) pour faire son entrée, par la grande porte, dans un domaine où il nuit plus qu'il n'aide, celui des droits fondamentaux.

Car les droits linguistiques relèvent des droits fondamentaux. Cette même Cour suprême qui les a qualifiés de compromis politiques vient d'écrire qu'il s'agit pourtant de droits fondamentaux de la personne ; elle n'avait d'ailleurs pas dit autre chose en 1985

2. *Quebec Association of Protestant School Boards c. Procureur général du Québec*, [1984] 2 R.C.S. 66, 79.

3. *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401, 458.

4. *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284, 305-306.

5. *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704.

6. *Renvoi : Avis relatif à la modification de la Chambre Haute*, [1980] 1 R.C.S. 54, 71.

7. *Renvoi relatif au projet de résolution constitutionnelle*, [1981] 1 R.C.S. 753, 804.

dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*⁸. Le juge Laforest a dit à propos des droits linguistiques :

*On peut difficilement nier que la langue est profondément ancrée dans la condition humaine. Les droits linguistiques, cela n'a rien d'étonnant, constituent un genre bien connu de droits de la personne et devraient être abordés en conséquence*⁹.

Ainsi donc, nous devons aborder l'article 23 comme un compromis politique, mais un compromis portant sur un droit fondamental. De plus, cette même Cour vient aussi d'assouplir quelque peu son attitude à l'égard des compromis portant sur des droits. Dans le renvoi sur le financement des écoles catholiques en Ontario, Mme le juge Wilson, au nom d'une majorité de la Cour, a écrit que les tribunaux devaient insuffler vie aux compromis. La Cour devait décider si l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁰ permettait à la législature ontarienne de pourvoir au financement complet du réseau d'écoles secondaires catholiques, bien que ce financement ne se soit jamais encore matérialisé et n'existait pas au moment de l'entrée de la province dans la Confédération. Les opposants à cette mesure prô-

naient une interprétation stricte du compromis reflété par l'article 93 ; ils alléguaient que ce financement n'était pas couvert par l'article 93 et constituait de plus une atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'article 15 de la Charte. Au nom de la majorité, le juge Wilson a statué que le compromis de 1867 était assez flexible pour nous permettre d'y englober les écoles secondaires modernes, même si celles-ci n'existaient pas comme telles en 1867. Elle conclut aussi que l'article 15 de la Charte ne peut pas porter atteinte à un compromis aussi fondamental intervenu à la fondation du pays. Cette approche évolutive quant à l'application de compromis politiques à des institutions nouvelles ou transformées avait aussi été appliquée dans l'affaire *Blaikie n° 2*¹¹ alors que la Cour avait étendu l'application de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹² aux actes réglementaires ainsi qu'aux tribunaux administratifs.

Or, le compromis de l'article 23 de la Charte est différent de celui de la confessionnalité des écoles ou de la langue des lois ; on pourrait dire qu'il complète et enrichit les ententes prises en 1867. Les tribunaux nous avaient rapidement appris que la Constitution de 1867 ne protégeait pas la langue dans les écoles, mais seulement la

8. *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

9. *Mercure c. Procureur général de la Saskatchewan*, [1988] 1 R.C.S. 234, 268.

10. L'article 93, au sujet duquel nous aurons d'autres commentaires à formuler dans sa relation à l'article 23 de la Charte, stipule que les provinces ont une compétence exclusive sur l'éducation sous réserve de la protection des droits acquis de certains groupes religieux (en Ontario, cette protection bénéficie surtout aux catholiques regroupés au sein de « Commissions scolaires séparées »).

11. *Procureur général du Québec c. Blaikie (n° 2)*, [1981] 1 R.C.S. 312.

12. L'article 133 garantit que les lois fédérales et québécoises seront adoptées et publiées en français et en anglais ; il garantit aussi qu'on pourra se servir du français ou de l'anglais devant les tribunaux fédéraux et québécois. Cet article a aussi été qualifié de compromis politique dans l'affaire *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460.

13. Voir surtout l'affaire *Ottawa Roman Catholic Separate School Trustees c. Mackell*, [1917] A.C. 62.

religion¹³. L'article 23 est donc la première disposition constitutionnelle portant sur la langue d'enseignement ; il comble ce silence de la Constitution de 1867 et compte tenu de l'importance cruciale des débats entourant la question de la langue d'enseignement dans ce pays, on peut dire qu'il est aussi fondamental à l'avenir du pays que le compromis original. En effet, les taux d'assimilation graves qui sévissent dans la plupart des provinces anglaises sont les symptômes du malaise qui afflige la francophonie canadienne. Des études démontrent abondamment que si l'école n'est pas la condition suffisante du maintien d'une langue et d'une culture minoritaire, elle en est pourtant une condition essentielle¹⁴. Dans la foulée des accords du Lac Meech, s'il faut protéger la dualité linguistique au Canada¹⁵, l'article 23 devient un instrument privilégié de la réalisation de cet objectif.

En 1875, des émeutes scolaires dans le nord du Nouveau-Brunswick ont entraîné la mort d'un jeune étudiant et mené à un accommodement sur l'enseignement de la religion catholique et de la langue française dans les écoles de cette province¹⁶. Entre 1890 et 1896, la question des écoles françaises au Manitoba a suscité deux appels au Comité judiciaire du Conseil privé de Londres¹⁷, a été le thème dominant d'une campagne électorale fédérale et a donné finalement lieu à un autre accommodement politique¹⁸. En Ontario, la crise entourant le règlement 17 qui banissait le français des écoles de la province a aussi fait l'objet d'appels au Comité judiciaire du Conseil privé¹⁹ et d'interventions politiques diverses qui ont finalement abouti à une entente. Présentement, les francophones de Sidney au Cap-Breton, N.-É., reçoivent une attention nationale par leur lutte pour une école française alors que leur nombre le

14. Voir entre autres l'excellente étude de Stacey CHURCHILL, *Éducation et besoins des Franco-Ontariens : le diagnostic d'un système d'éducation*, Toronto, Imprimeur de la Reine, 1985, 2 volumes.

15. L'alinéa 2(1)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, tel que proposé à l'article premier de la *Modification constitutionnelle de 1987* mieux connue sous son appellation politique « Accord du Lac Meech », disposerait comme suit :

2(1) *Toute interprétation de la Constitution du Canada doit concorder avec :*

a) *La reconnaissance de ce que l'existence de Canadiens d'expression française, concentrés au Québec mais présents aussi dans le reste du pays, et de Canadiens d'expression anglaise, concentrés dans le reste du pays mais présents aussi au Québec, constitue une caractéristique fondamentale du Canada [...]*

Et le paragraphe 2(2) disposerait comme suit :

2(2) *Le Parlement du Canada et les législatures des provinces ont le rôle de protéger la caractéristique fondamentale du Canada visée à l'alinéa (1)a).*

16. Voir : Alexandre-J. SAVOIE, « L'Enseignement en Acadie de 1604 à 1970 », dans Jean DAIGLE (dir.), *Les Acadiens des Maritimes*, Moncton, Centre d'études Acadiennes de l'Université de Moncton, 1980, p. 412, à la page 419.

17. *City of Winnipeg c. Barrett*, [1892] A.C. 445 ; *Brophy c. Attorney General for Manitoba*, [1895] A.C. 202.

18. Voir entre autres : Paul CRUNICAN, *Priests and politicians : Manitoba schools and the election of 1896*, Toronto, University of Toronto press, 1974, 369 p.

19. *Supra*, note 11.

justifie manifestement²⁰. Au Québec, les incidents entourant l'adoption de la Loi 63²¹ puis de la Loi 22²² ont provoqué des remous dans tout le pays. On voit donc que de tout temps et de toute époque, les conflits linguistiques en matière scolaire ont été parmi les plus délicats et les plus virulents. On constate aussi que le début de l'assimilation coïncide avec la perte du contrôle sur l'éducation par les francophones²³. Voilà pourquoi nous croyons que si la Cour considère que l'article 133 relatif au bilinguisme officiel de certaines institutions ou encore l'article 93 relatif à la protection des droits scolaires des minorités religieuses sont des compromis essentiels à la survie de la nation, elle dira de même de l'article 23 de la Charte.

Il y a une autre dimension importante et nouvelle à l'article 23 et c'est son caractère réparateur. Ce caractère a bien été mis en évidence dans l'affaire *Quebec Association*, évoquée plus haut :

Cet ensemble de dispositions, le législateur constituant ne l'a pas édicté dans l'abstrait. Quand il l'a adopté, il connaissait et il avait évidemment à l'esprit le régime juridique réservé aux minorités linguistiques anglophone et francophone relativement à la langue de l'enseignement par

*les diverses provinces au Canada. Il avait également à l'esprit l'histoire de ces régimes juridiques, tant l'histoire relativement ancienne [...] que l'histoire relativement récente [...]. À tort ou à raison, ce n'est pas aux tribunaux qu'il appartient d'en décider, le constituant a manifestement jugé déficients certains des régimes en vigueur au moment où il légiférait, et peut-être même chacun d'entre eux, et il a voulu remédier à ce qu'il considérait comme leurs défauts par des mesures réparatrices uniformes, celles de l'art. 23 de la Charte, auxquelles il conférait en même temps le caractère d'une garantie constitutionnelle. Sans doute est-ce un régime général que le constituant a voulu instaurer au sujet de la langue d'enseignement par l'art. 23 de la Charte et non pas un régime particulier pour le Québec. Mais, vu l'époque où il a légiféré, et vu surtout la rédaction de l'art. 23 de la Charte lorsqu'on la compare à celle des articles 72 et 73 de la loi 101, il saute aux yeux que le jeu combiné de ces deux derniers articles est apparu au constituant comme un archétype des régimes à réformer ou que du moins il fallait affecter et qu'il lui a inspiré en grande partie le remède prescrit pour tout le Canada par l'art. 23 de la Charte.*²⁴

20. On estimait le nombre potentiel d'enfants qualifiés à environ 500. Une inscription tenue dans des circonstances difficiles a révélé que 50 enfants pourraient fréquenter une école française bien située — le site faisait aussi l'objet de litiges. Le juge a statué que ce nombre n'était pas suffisant pour constituer une école, même si des écoles existent dans cette Commission scolaire avec moins de 50 élèves... Voir : *Lavoie c. Attorney General for Nova-Scotia*, jugement du 29 août 1988.

21. *Loi pour promouvoir la langue française au Québec*, L.Q. 1969, c. 9.

22. *Loi sur la langue officielle du Québec*, L.Q. 1974, c. 6.

23. Cela a été admis par la Cour d'appel de l'Ontario : *Reference re Education Act and Minority Language Education Rights*, (1984) 10 D.L.R. (4d) 491 (C.A.O.).

24. *Supra*, note 2, 79-80.

Le caractère remédiateur de l'article 23 a été souligné par tous les tribunaux qui ont eu à l'interpréter à date, et particulièrement les cours d'appel de l'Ontario²⁵ et de l'Île-du-Prince-Édouard²⁶. C'est un élément qui manque aux compromis de 1867 autant qu'à ceux qui visent le bilinguisme officiel en 1982. En effet, en 1867 il s'agissait, quant au bilinguisme officiel, de perpétuer les pratiques existantes²⁷. Quant aux écoles confessionnelles, la préservation du *statu quo* juridique ressort clairement du texte même de l'article 93²⁸ et de la jurisprudence²⁹. Mais l'article 23 ne vient préserver aucun *statu quo*, ne vient perpétuer aucune pratique existante : au contraire, il est complètement nouveau, il corrige les avatars historiques des minorités, les faiblesses des régimes scolaires actuels. Voilà un motif supplémentaire de ne pas aborder le compromis de 1982 comme celui de 1867.

La genèse et l'élaboration de l'article 23 confirment aussi cette hypothèse.

Il est clair, par les différentes versions de l'article 23 qui ont circulé et par la genèse du concept de protection constitutionnelle des droits scolaires, que l'on est passé de l'enchâssement du principe de libre-choix de la langue d'enseignement à celui de protection des *droits* des minorités³⁰.

Si l'article 23 est un compromis, quel genre de compromis est-ce ? Peut-on, à la lumière de ce que nous en savons, en extraire l'essentiel ?

L'article 23 nous semble un compromis entre l'approche territoriale et l'approche personnelle aux droits linguistiques ; entre leur approche individuelle et collective ; entre leur nature politique et leur nature fondamentale.

L'article 23 donne des droits non pas à tout individu, mais seulement à celui qui rencontre des critères très précis. Or ces critères, s'ils ont pour

25. *Supra*, note 23.

26. *Reference re Minority Language Educational Rights*, (1988) 69 N. & P.E.I. R. 236, 246 au paragraphe 44.

27. On peut dire la même chose de la rédaction de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.R.C. 1985, App. II, et de l'article 110 de la *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*, S.R.C. 1886, c. 50.

28. Le paragraphe 93(1) se lit comme suit :

1. *Rien dans cette législation ne devra préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles ;*

29. Voir, pour un exemple récent : *Lavigne et Greater Hull School Board c. Procureur général du Québec*, [1984] 2 R.C.S. 575.

30. Voir : Pierre FOUCHER, « Les droits scolaires des minorités linguistiques », dans Michel BASTARACHE (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1986, c. V. Cette analyse apparaît clairement lorsqu'on compare le texte de la *Charte de Victoria* par exemple à celui de l'article 23 actuel. Le passage s'est fait à St-Andrews, pendant la conférence annuelle des premiers ministres des provinces. En réponse à la proposition de M. Lévesque d'accords de réciprocité entre le Québec et les autres provinces, les neuf premiers ministres anglophones ont adopté le principe du droit des minorités linguistiques à l'enseignement dans leur langue. Le principe a été peaufiné en janvier 1988 à Montréal et a servi de canevas à la rédaction de l'article 23. Ces textes sont cités dans le *Reference re Minority Language Educational Rights*, précité, note 26.

inspiration manifeste le texte de l'article 73 de la Loi 101³¹, englobent surtout les deux catégories de personnes qui composent la population francophone hors-Québec : ceux qui sont de *langue maternelle* française (pas nécessairement ceux qui parlent français à la maison) et ceux qui ont fait leurs études primaires en français au Canada³². Il y a donc là une notion personnelle des droits linguistiques : la langue d'enseignement s'établit non en fonction du territoire, mais en fonction des personnes. Cependant, la condition d'application de l'article 23 fait intervenir une idée territoriale, si floue soit-elle : le droit est appliqué partout dans la province où les nombres sont suffisants pour le justifier. Mais l'article 23 réfère à un territoire indéterminé, qui n'est pas celui des Commissions scolaires, ni celui des districts bilingues proposés par la Commission Laurendeau-Dunton en 1968³³, mais qui doit s'établir n'importe où dans la province. Techniquement, il peut donc y avoir sur le même territoire des enseignements en français et en anglais, des écoles françaises et

des écoles anglaises, et même des commissions scolaires francophones et anglophones³⁴. Comment déterminer le territoire de référence ? La Cour d'appel de l'Ontario croit qu'il faut tenir compte des circonstances locales et ne pas imposer de nombre uniforme sans le justifier et prévoir des exceptions³⁵ ; la Cour d'appel de l'Alberta reprend les idées du juge Purvis de la Cour du Banc de la Reine³⁶ et réfère à des critères comme la distance de transport, l'âge des enfants, les coûts³⁷ ; la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard fait confiance au législateur ou au gouvernement pour prendre ces décisions et ceux qui affirment que les critères établis sont déraisonnables doivent le prouver³⁸. La référence à un territoire indéterminé autorise donc la superposition de territoires et les doubles cartes scolaires. Ce n'est pas un précédent puisque le système existe déjà en regard de la confessionnalité. Ce système commande aux autorités politiques de faire preuve d'originalité dans la structuration du réseau scolaire local.

31. *Charte de la langue française*, L.R.Q. 1977, c. C-11, art. 73. Il s'agit de l'opposition entre la « clause-Québec » de la Loi 101, qui ouvre l'école anglaise aux enfants de ceux qui ont fait une partie substantielle de leur instruction primaire en anglais *AU QUÉBEC*, et de la « clause-Canada » de l'alinéa 23(1)b) de la *Charte*, qui ouvre les écoles anglaises du Québec aux enfants de ceux qui ont fait leur instruction primaire en anglais *AU CANADA*. Dans *Quebec Association of Protestant School Boards c. Procureur général du Québec*, précité, note 2, la Cour suprême a fait prévaloir la seconde sur la première.
32. Paragraphes (1) a) et b) de l'article 23 de la *Charte*. Le paragraphe (1)a) n'est pas en vigueur au Québec et ne le sera que sur proclamation du Lieutenant-Gouverneur de la province : art. 59 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.
33. COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LE BILINGUISME ET LE BICULTURALISME, Livre I : *Les langues officielles*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1967.
34. C'est la solution adoptée par le Nouveau-Brunswick : *Loi scolaire*, L.R.N.-B. 1973, c. S-5, art. 3.1-3.3
35. *Supra*, note 23, 521.
36. *Mahé c. Procureur général de l'Alberta*, (1985) 64 A.R. 35, 53.
37. *Mahé c. Attorney General for Alberta*, (1988) 42 D.L.R. (4d) 514, 542.
38. *Supra*, note 26, 252 et 256.

L'article 23 donne des droits aux individus ; pour le juge Deschênes de la Cour supérieure, c'est là sa caractéristique fondamentale³⁹. Cependant, il vise la protection des minorités comme l'affirme avec justesse la Cour suprême de Colombie Britannique dans l'affaire *Whittington*⁴⁰. Les trois Cours d'appel qui ont eu à se pencher sur l'article 23 ont confirmé cet aspect collectif. La Cour d'appel de l'Ontario est celle qui a le plus insisté sur cet aspect alors qu'elle dit que les « établissements d'enseignement » doivent objectivement être ceux de la minorité⁴¹.

Certes, les droits sont confiés aux individus, mais la genèse de l'article, son but évident, ses critères d'application et son champ d'intervention, soit l'éducation, militent en faveur d'une application qui tienne compte des aspects collectifs. La distinction n'est pas qu'académique : s'il s'agit uniquement de dispenser l'instruction en français aux personnes qualifiées, l'immersion fait bien l'affaire car personne ne peut nier que c'est de l'instruction en langue française. Mais l'ar-

ticle 23 avait-il pour but de garantir aux anglophones et aux francophones l'accès à l'immersion ? Pas du tout, et les affaires *Whittington* ainsi que *Société des Acadiens*⁴², en première instance, ont établi le contraire. Plusieurs motifs sous-tendent cette conclusion. Nous avons évoqué plus haut la genèse de l'article, qui montre bien que l'emphase s'est déplacée du droit individuel au libre-choix de la langue d'enseignement au droit des individus, membres d'une minorité, de recevoir l'instruction dans leur langue. D'autre part, l'histoire législative de l'article démontre bien le déplacement du droit individuel vers le droit collectif. Troisièmement, les critères d'application de l'article 23 font explicitement référence à des considérations collectives puisque l'on fait référence dans tout l'article aux minorités. Cette intention ressort aussi clairement des déclarations du ministre de la Justice de l'époque, l'honorable Jean Chrétien, devant le comité mixte du Sénat et de la Chambre des communes⁴³. Enfin, l'école n'est pas le prétoire. Si l'on peut accepter à la rigueur que le droit de parler sa langue devant les

39. *Quebec Association of Protestant School Boards c. Procureur général du Québec*, [1982] C.S. 673, 692. Le juge Deschênes répondait à un argument québécois selon lequel l'article 23 garantit des droits collectifs à la communauté anglophone ; ces droits peuvent être restreints, dans le cadre de l'article premier de la Charte, au nom des intérêts de la collectivité francophone. C'est dans ce contexte que le juge Deschênes a été amené à qualifier les droits de l'article 23 de droits individuels.

40. *Whittington c. Board of School Trustees of School District n° 63 (Saanich)*, (1988) 16 B.C.L.R. (2d) 255, 266.

41. *Supra*, note 23, 528 et surtout 533.

42. *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick c. Association of Parents for Fairness in Education*, (1983) 48 N.B.R. (2d) 361. Dans cette affaire, le juge en chef Richard de la Cour du Banc de la Reine a statué que les francophones ne pouvaient être inscrits à des cours d'immersion française pour anglophones dans un Conseil scolaire anglophone puisque ces programmes d'immersion sont destinés à l'apprentissage d'une langue seconde seulement.

43. Citées dans *Reference re Minority Language Educational Rights*, précité, note 26.

tribunaux est un droit purement linguistique et individuel⁴⁴, on ne peut pas accepter que le droit de recevoir l'instruction dans sa langue soit de même nature.

Le recours aux preuves extrinsèques, permis en ces matières, nous prouve abondamment que la langue d'instruction a un lien étroit avec la culture minoritaire, le succès scolaire, la qualité de l'apprentissage tant linguistique que pédagogique et la vie communautaire. On a fait le lien entre l'école minoritaire et la vitalité culturelle d'une communauté ; entre l'école bilingue ou d'immersion et l'assimilation ; entre le rendement pédagogique des francophones étudiant en français et le rendement pédagogique des francophones étudiant en anglais ou en immersion française. Les résultats sont toujours probants et évidents⁴⁵. Comment faire abstraction de ces preuves et prétendre que l'article 23 ne garantit qu'un droit individuel à des professeurs qui enseignent en français à des enfants qui reçoivent un enseignement en français ? Certes, le texte même de l'article 23 confère un droit à des individus et à ce titre il diffère de l'article 93 qui confère explicitement un droit à une « classe de personnes » définie par son appartenance religieuse ; à notre avis, la différence tient plutôt dans la description des titulaires du droit que dans son contenu.

La Cour suprême du Canada acceptera-t-elle de reconnaître cette dou-

ble nature de l'article 23 ? Dans l'affaire *re Public Service Employees Relations Act*⁴⁶, le juge McIntyre, qui n'est ni appuyé ni contredit pas ses collègues sur ce point, prétend qu'un droit n'est pas moins individuel parce qu'il est exercé par plusieurs personnes ensemble. Il faut replacer cette déclaration dans son contexte : il avait à décider si la liberté d'association comprend le droit de grève. La liberté d'association se retrouve dans la Charte avec les autres grandes libertés individuelles fondamentales : liberté d'expression, liberté de conscience et de religion, liberté de réunion. Le droit de grève, par ailleurs, est un droit collectif par excellence : il appartient à une association d'employés. L'opinion du juge McIntyre vient confirmer la nature individuelle d'une *liberté*, qui est, par définition, une interdiction faite au pouvoir politique de restreindre l'action du citoyen à moins d'avoir des raisons sérieuses de le faire. L'article 23 quant à lui consacre un *droit*, un droit qui réfère explicitement à la notion de minorité linguistique. C'est aussi un droit qui nécessite, pour sa mise en œuvre, une volonté collective des membres de cette minorité puisque la Charte ne les force nullement à fréquenter l'école française mais leur en donne le droit lorsque les conditions sont remplies. Le juge McIntyre rajoute dans son *obiter* qu'à part les dispositions sur les autochtones et sur les dissidents religieux, la Charte ne consacre que des droits individuels. Ce n'est qu'une opinion incidente et jusqu'à présent isolée ; on sait par

44. Ce que nous contestons par ailleurs : Pierre FOUCHER, « L'interprétation des droits linguistiques constitutionnels par la Cour suprême du Canada », (1987) 19 *Ottawa L. Rev.* 381.

45. *Supra*, note 12.

46. *Re Public Service Employees Relations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313, 397.

ailleurs que les juges Wilson et Dickson, dissidents dans l'affaire *Société des Acadiens*⁴⁷, envisagent les droits linguistiques comme collectifs. Dans *Mercure*⁴⁸, la question n'est pas abordée directement mais le juge Laforest, au nom d'une majorité, fait référence à l'opinion majoritaire du juge Dickson dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba* où la Cour déclare que la langue est ce qui fait le pont entre l'individu et la collectivité⁴⁹. Cette opinion s'avère d'autant plus pertinente dans le cas des droits scolaires.

Si tel était le cas, l'article 23 ferait pour la première fois en droit canadien la fusion entre la reconnaissance d'un droit individuel et la nature collective du droit lui-même, rendant toute la disposition collective comme l'argumente avec *brio* le professeur Carignan dans son article qui fait autorité en la matière⁵⁰.

Voilà donc les principaux éléments du compromis de 1982 en matière scolaire : nouveau et réparateur, personnel et territorial, individuel et collectif. Le dernier aspect que je veux évoquer, le plus audacieux et le plus difficile d'*application*, est son aspect social.

On connaît bien la différence entre un droit civil et un droit social. Le premier est immédiatement exécutoire tandis que le second nécessite une mise en œuvre de l'État⁵¹.

Traditionnellement, les droits scolaires, comme les droits des minorités, relèvent de la seconde catégorie. Or placé comme il l'est dans une Charte qui offre à toute personne victime d'une violation de ses droits un remède que la Cour estime raisonnable⁵², l'article 23 pose pour la première fois au Canada la relation directe entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire dans le domaine des droits sociaux. En effet, les droits sociaux sont rares au Canada ; on a enchâssé une vague notion d'égalité de services publics pour un niveau de taxation comparable, mais ce droit n'est pas exprimé en termes assez vigoureux pour justifier une intervention judiciaire effective⁵³. L'article 93 portant sur les droits des dissidents religieux se rapproche d'un droit social classique, mais parce qu'il préserve surtout un *statu quo*, sa mise en œuvre ne demande pas à l'État d'intervenir. Les articles comme l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* portant sur le bilinguisme officiel ont été interprétés comme

47. *Précitée*, note 1.

48. *Précité*, note 9.

49. *Précité*, note 8.

50. Pierre CARIGNAN, « De la notion de droits collectifs et de son application en matière scolaire », (1984) 18 *R.J.T.* 1.

51. Voir : Daniel PROULX, « La mise en œuvre de l'article 23 de la Charte ou la précarité des droits linguistiques scolaires », (1983) 14 *R.G.D.* 335.

52. Paragraphe 1 de l'article 24 de la Charte.

53. Le paragraphe 1 de l'article 36 de la *Loi Constitutionnelle de 1982* dispose que le Parlement, les législatures et les gouvernements du pays « s'engagent à » promouvoir l'égalité des chances, favoriser le développement économique et fournir, à un niveau de qualité acceptable, les services publics essentiels ; le paragraphe 2 du même article dispose que le Parlement et le gouvernement du Canada prennent l'engagement de principe de faire des paiements de péréquation afin de permettre aux provinces d'assurer les services publics à un niveau de qualité et de fiscalité sensiblement comparable.

imposant une obligation négative : l'État ne doit pas imposer l'usage d'une langue ou empêcher quelqu'un d'utiliser sa langue⁵⁴.

L'article 23 pose au monde juridique canadien tout un défi. Comment mettre en œuvre un droit social? Les tribunaux voudront-ils ordonner au ministre de l'Éducation de dépenser de l'argent pour la construction d'une école française⁵⁵?

Généralement, l'évolution du dossier scolaire au Canada a suivi trois phases : dans un premier temps on a procédé à des négociations politiques qui ont échoué partout ; dans un second temps on demande aux tribunaux de prononcer des déclarations de principe, ce qu'ils ont fait en faveur des minorités ; la troisième étape, au début de laquelle nous assistons maintenant, consiste à mettre en œuvre les principes soit par la voie législative comme en Ontario ou par la voie judiciaire comme en Nouvelle-Écosse. Les juges quant à eux hésitent avant de prononcer des ordonnances. On retrouve dans les jugements des Cours d'appel des pages éloquentes sur la prudence que doit montrer le pouvoir judiciaire en matière de questions scolaires. Il est vrai qu'on ne leur demandait pas de régler des points particuliers mais de définir des principes, ce qu'elles ont fait. Mais on voit bien que le judiciaire se sent mal à l'aise

avec ce nouveau mandat élargi⁵⁶. On voit aussi que le processus judiciaire n'est peut-être pas approprié à cause des délais, des coûts et des problèmes de preuve impliqués dans toute cause sous l'article 23. Cela ne devrait pourtant pas faire reculer les plaideurs ni les juges : après tout, les questions scolaires ne sont pas les seules questions constitutionnelles impliquant des coûts et des délais !

L'article 23 de la Charte a été salué comme un grand progrès pour les droits des minorités linguistiques. C'est peut-être un compromis, mais un compromis audacieux puisqu'il cherche à introduire en droit canadien de nouveaux types de droits. Le plus grand défi posé aux politiciens est peut-être de mettre ce droit en œuvre de façon rationnelle et efficace sans en sacrifier le contenu, ce qui est hélas trop souvent le cas jusqu'à présent. Pour les juristes et les analystes du droit canadien par contre, le plus grand défi est d'articuler une théorie de l'article 23 qui permette une nouvelle définition des rapports entre le judiciaire et le législatif ou l'exécutif, entre la mise en œuvre statutaire et la mise en œuvre judiciaire d'un droit social. Ces rapports ne sont pas encore définis avec précision. En effet, l'un des défauts majeurs des lois scolaires en matière de droits des minorités linguistiques, c'est le silence. La loi n'enlève

54. Dans le domaine de l'affichage commercial, un tel geste est considéré par la Cour suprême du Canada comme une violation de la liberté d'expression : *Ford c. Procureur général du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712.

55. Le juge Sirois de la Cour suprême de l'Ontario a ordonné que l'on construise un gymnase à l'école française d'une ville ontarienne, au nom de la qualité égale des droits garantis par l'article 23. L'ordonnance est dirigée tant contre la Commission scolaire que le gouvernement de l'Ontario. *Marchand c. Simcoe County Board of Education*, (1986) 55 O.R. (2d) 638.

56. *Reference re Education Act and Minority Language Education Rights*, précité, note 23, 547 ; *Mahé c. Procureur général de l'Alberta*, jugement de première instance, précité, note 36, 49, 53 et 55 ; jugement en appel, précité, note 37, 539 et 552.

pas de droits au sens strict ; mais puisqu'elle ne reconnaît ni le droit à l'instruction en français, ni la possibilité d'établir des écoles pour la minorité, encore moins des structures de gestion de celles-ci, les groupes francophones sont laissés à la merci de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires généraux conférés par la loi au ministre de l'Éducation ou encore aux Commissions scolaires locales. Ceux-ci allèguent ensuite que les droits des minorités francophones ne sont pas vraiment brimés par la loi ; ils existent en quelque sorte en dehors du cadre de celle-ci. La Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard a clairement statué que le défaut de légiférer conformément aux exigences de l'article 23 entraîne l'inconstitutionnalité de la loi, dans la mesure où celle-ci doit prévoir les mécanismes statutaires de mise en œuvre de ce droit. La Cour reconnaît donc que l'article 23 crée un « devoir de légiférer » conformément à ses exigences⁵⁷. La Cour d'appel de l'Alberta prend l'attitude opposée : selon elle, le silence du législateur est surtout dû au fait qu'il est intervenu *avant* l'adoption de l'article 23 et qu'il n'a donc pas pu vouloir y déroger⁵⁸ ; en tout état de cause, les droits de l'article 23 existent par eux-mêmes et en autant que la loi n'y fait pas obstacle directement, on ne peut en prononcer l'inconstitutionnalité au seul motif qu'elle ne prévoit pas de modalités explicites d'exercice de ce droit⁵⁹.

L'équilibre n'a donc manifestement pas encore été atteint ; il nous apparaît clair que les juristes canadiens, même

au sein de la magistrature, sont divisés sur le rôle approprié de la Cour dans la mise en œuvre d'obligations constitutionnelles que les édiles politiques n'interprètent pas de la même manière que les représentants des minorités. Si celles-ci ne peuvent plus compter sur le judiciaire pour veiller au respect intégral de la Constitution, l'article 23 aura été un échec non seulement politique, mais surtout l'échec du droit canadien à s'adapter à de nouvelles réalités juridiques.

Enfin, il nous apparaît que l'article 23 a un aspect politique important, qui n'a pas été abordé ici. Il s'agit du compromis entre les intérêts du Québec francophone, qui cherche le plus possible à conserver sa liberté législative en matière linguistique, et ceux des minorités linguistiques au pays, particulièrement la minorité francophone de l'extérieur du Québec qui acquiert avec l'article 23 un outil de développement potentiellement puissant. C'est par l'école et les structures qui l'accompagnent que l'on réussira à maintenir vivante la culture francophone au Canada. Mais s'il devait s'avérer que l'article 23 n'a d'effet que dans la définition des personnes qualifiées pour fréquenter les écoles de la minorité, sans toutefois combler les lacunes des législateurs qui refusent encore de créer ces écoles pour des raisons discutables, on aura fait la preuve que le dispositif de droits linguistiques dans son ensemble est défini à partir des intérêts de la minorité anglo-québécoise seulement et n'est pas du tout adapté aux réalités des

57. *Supra*, note 26, 242.

58. L'argument avait été présenté et rejeté dans *Quebec Association of Protestant School Boards c. Procureur général du Québec*, précité, note 2.

59. *Supra*, note 37, 544 et 545.

minorités francophones. Ce contexte politique éclaire les enjeux juridiques soulevés dans le corps de ce texte.

Si le problème des écoles anglaises au Québec se limite surtout à décider qui pourra ou ne pourra pas les fréquenter, il en va tout autrement hors Québec. Il s'agit plutôt, dans six provinces⁶⁰ et dans les deux territoires, de créer les infrastructures qui permettront aux francophones de disposer d'un réseau scolaire efficace comportant classes et écoles, ainsi que les ressources pédagogiques et matérielles requises; dans deux autres provinces⁶¹, les écoles sont présentes mais la gestion reste à gagner; au Nouveau-Brunswick enfin, seule province qui applique une dualité linguistique complète dans son réseau scolaire⁶², les problèmes présents sont justement l'accès aux écoles françaises et aussi la qualité des équipements matériels.

Ainsi, l'article 23 offre des solutions neuves à des problèmes vieux comme le pays lui-même. C'est le nouveau « Code » des droits scolaires des minorités linguistiques au Canada. Il faut cependant plus qu'un texte constitutionnel pour remédier aux défauts perçus dans les régimes scolaires provinciaux. Il faut un pouvoir judiciaire capable de concilier les pouvoirs constitutionnels d'une province sur l'éducation avec les droits constitutionnels des minorités linguistiques à une édu-

cation dans leur langue. Si on applique la thèse du compromis politique évoquée au début de façon aussi stricte en matière scolaire qu'on l'a fait en matière de bilinguisme officiel, c'est l'ensemble du dispositif constitutionnel de protection des droits des minorités linguistiques y compris les nouvelles dispositions de l'Accord du Lac Meech, voire le fondement même de la dualité linguistique au pays, qu'il faudra remettre en question. La preuve aura été faite que les droits linguistiques constitutionnels au Canada ne sont pas assez forts pour contrer les pressions politiques et sociales qui s'exercent sur les communautés francophones de plusieurs régions du pays et que la Constitution n'est pas le réceptacle idéal de ces droits.

Nous pensons toutefois que s'il est un article de la Charte qui améliore la position juridique des communautés francophones de l'extérieur du Québec, c'est bel et bien l'article 23 et que juridiquement, à tout le moins, tout est en place pour que les tribunaux lui donnent une portée effective et adaptée aux diverses situations qui se présentent à eux. Jusqu'à maintenant, le contenu des droits a été défini généreusement; la prochaine étape consistera, pour les tribunaux, à jouer leur rôle de gardiens de la Constitution et à donner à l'article 23 une application concrète.

60. Saskatchewan, Alberta, Colombie-Britannique, Terre-Neuve, Île-du-Prince-Édouard, Nouvelle-Écosse.

61. Manitoba et Ontario.

62. Même au Québec, on retrouve des francophones dans les écoles protestantes et des anglophones dans les écoles catholiques; la dualité est religieuse sur le modèle de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, non linguistique.