L'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*

Michel Doucet*

I. INTRODUCTION

L'éducation occupe une place spéciale dans les droits linguistiques, car elle joue un rôle prépondérant pour le maintien de la culture et la survie d'une communauté linguistique. Si la langue de la majorité est le seul véhicule d'enseignement dans les écoles, la minorité linguistique est en péril en tant que groupe linguistique : « Elle baignera alors dans un milieu social où se manifeste sans cesse la langue de la communauté majoritaire. L'École doit faire contrepoids à cette ambiance et accorder la première place à la langue minoritaire pour qu'elle puisse devenir un instrument de communication suffisant. La langue est en outre la clef du progrès culturel. Certes, langue et culture ne sont pas synonymes, mais le dynamisme de la première est indispensable à la préservation intégrale de la seconde »[1].

L'éducation joue donc un rôle dominant quand vient le temps de maintenir la culture et la langue d'une minorité linguistique. Il existe d'ailleurs un lien si étroit entre éducation et culture qu'une éducation dans la langue de la majorité et même une éducation bilingue conduisent presque inévitablement à l'assimilation de la minorité linguistique. D'ailleurs, dans l'arrêt *Mahe*, la Cour suprême du Canada, en s'appuyant sur le rapport de la Commission sur le bilinguisme et le biculturalisme, précisera que « les écoles sont indispensables à l'épanouissement des

---

* Michel Doucet est professeur titulaire et directeur de l'Observatoire international des droits linguistiques à la Faculté de droit de l'Université de Moncton. L'auteur aimerait remercier ses collaborateurs, Philippe Morin et Martin LeBlanc-Rioux qui ont accepté de lire une ébauche du présent texte. L'auteur assume évidemment la responsabilité de toute erreur.

1 *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, vol. II, « L'éducation », Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968, p. 8 [ci-après « *Rapport de la Commission royale* »].

deux langues et des deux cultures officielles [...] il s'agit de dispenser aux membres de la minorité un enseignement qui convienne particulièrement à leur identité linguistique et culturelle [...] »[2]. Pourtant, malgré l'importance de l'éducation pour les communautés minoritaires, la *Loi constitutionnelle de 1867*[3] demeure silencieuse à ce sujet.

L'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère aux provinces la compétence exclusive de « faire des lois relatives à l'éducation », faisant ainsi de l'éducation un domaine de compétence provinciale[4]. Cette compétence est assujettie à deux limites : l'une a trait aux droits confessionnels et l'autre aux droits des minorités linguistiques.

L'article 93 traduit dans les faits le compromis historique auquel le Canada est parvenu en matière d'éducation au moment de la Confédération[5]. Cet article visait à donner aux provinces pleine compétence en matière d'éducation, tout en protégeant l'enseignement religieux de la minorité protestante au Québec et de la minorité catholique à l'extérieur du Québec. Bien qu'à l'origine, l'article 93 devait s'appliquer aux quatre provinces fondatrices (la Nouvelle-Écosse, le Nouveau-Brunswick, le Québec et l'Ontario), elle ne produira finalement d'effet qu'au Québec et en Ontario. En effet, le droit aux écoles confessionnelles n'existe que dans les provinces où ce droit avait été conféré « par une loi provinciale » au moment de la Confédération[6]. Ainsi, il n'aura aucun effet en Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick, à l'Île-du-Prince-Édouard et en Colombie-Britannique. Une version modifiée de l'article 93 s'appliquera toutefois au

---

[2] *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, [1990] A.C.S. no 19, par. 32 (C.S.C.) [ci-après « *Mahe* »].

[3] *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict. (R.-U.), c. 3 [ci-après « *Loi constitutionnelle de 1867* »].

[4] L'article 93 prévoit spécifiquement :

> 93. Dans chaque province et pour chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur l'éducation, sous réserve et en conformité des dispositions suivantes :
> (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 [...]

[5] Pierre CARIGNAN, « La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation » (1986) 20 *R.J.T.* 375, p. 451. Voir également : *Renvoi relatif au projet de loi 30, An An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, [1987] A.C.S. no 44, par. 27 (C.S.C.); *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Québec)*, [1993] 2 R.C.S. 511, [1993] A.C.S. no 68, par. 24 (C.S.C.); *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, [1996] A.C.S. no 110, par. 29 (C.S.C.) [ci-après « *Adler* »].

[6] Voir : *Ex parte Renaud and others* (1872-73), 14 N.B.R. 273 (C.J.C.P.), où le Comité judiciaire du Conseil Privé a estimé que l'article 93 ne protégeait que les droits scolaires incarnés dans des dispositions législatives existantes au moment de la Confédération. Puisque ce n'était pas le cas pour le Nouveau-Brunswick, le droit aux écoles confessionnelles n'y était donc pas protégé.

Manitoba[7], à la Saskatchewan et à l'Alberta[8], aux territoires[9] et à Terre-Neuve-et-Labrador[10].

Dans les années 90, le Québec et Terre-Neuve-et-Labrador aboliront la protection des droits en matière d'éducation confessionnelle, en modifiant la Constitution de telle sorte que les paragraphes 93(1) à (4) ne s'y appliquent plus[11].

Les droits aux écoles confessionnelles protégés par l'article 93 ont donné lieu à un nombre considérable de litiges[12]. Comme l'explique la Cour dans l'arrêt *Brophy*, les minorités catholiques à l'extérieur du Québec et la minorité protestante au Québec tenaient pour essentiel que l'éducation de leurs enfants soit conforme aux dogmes de leur Église et elles estimaient qu'une telle instruction ne pouvait être obtenue dans des écoles publiques destinées à tous les membres de la société, peu importe leurs croyances. Une telle instruction ne pouvait être dispensée que dans des écoles qui fonctionnaient sous l'influence et la direction des autorités de leur Église[13]. Il est clair qu'au moment de la Confédération, on s'intéressait davantage en matière d'éducation à la religion qu'à la langue, mais à une époque où l'identité linguistique et l'identité

---

[7] *Loi de 1870 sur le Manitoba*, 33 Vict., c. 4 (Can.), art. 23, ratifié par la *Loi constitutionnelle de 1871*, 34-35 Vict. (R.-U.), c. 28.

[8] *Loi sur la Saskatchewan*, 1905, 4-5 Éd. VII, c. 42 (Can.), art. 17; *Loi sur l'Alberta*, 1905, 4-5 Éd. VII, c. 3 (Can.), art. 17.

[9] *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*, L.R.C. (1985), c. N-27; *Loi sur le Yukon*, L.C. 2002, c. 7; *Loi sur le Nunavut*, L.C. 1993, c. 28.

[10] *Loi sur Terre-Neuve*, 12-14 Geo. VI (R.-U.), c. 22, art. 17.

[11] *Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)*, TR/97-141; *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 93A. Voir également : *Potter c. Québec (Procureur général)*, [2001] J.Q. no 5553 (C.A. Qué.); *Modification constitutionnelle de 1998 (Loi sur Terre-Neuve)*, TR/98-25; *Hogan c. Newfoundland (Attorney General)*, 2000 NFCA 12, [2000] N.J. No. 54 (Nfld. C.A.).

[12] Voir, par exemple : *Winnipeg (City) c. Barrett*, [1892] A.C. 445, [1892] J.C.J. No. 2 (C.P.); *Brophy c. Manitoba (Attorney General)*, [1895] A.C. 202, [1895] J.C.J. No. 1 (C.P.); *Ottawa Roman Catholic Separate School Board (Trustees) c. Mackell*, [1917] A.C. 62, [1917] J.C.J. No. 7 (C.P.); *Ottawa Roman Catholic Separate School Board (Trustees of) c. Ottawa (City)*, [1917] A.C. 76, [1917] J.C.J. No. 6 (C.P.); *Hirsch c. Montreal Protestant School Board of School Commissioners*, [1928] A.C. 200, [1928] J.C.J. No. 2 (C.P.); *Tiny Roman Catholic Separate School Board c. Ontario*, [1928] A.C. 363, [1928] J.C.J. No. 5 (C.P.); *Québec (Procureur général) c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575, [1984] A.C.S. no 61 (C.S.C.); *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, [1987] A.C.S. no 44 (C.S.C.); *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377, [1989] A.C.S. no 19 (C.S.C.); *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511, [1993] A.C.S. no 68 (C.S.C.); *Ontario Home Builders' Assn. c. York (Conseil scolaire de la région de)*, [1996] 2 R.C.S. 929, [1996] A.C.S. no 80 (C.S.C.); *Adler*, *supra* note 5; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 2 R.C.S. 409, 2000 CSC 45, [2000] A.C.S. no 45 (C.S.C.); *Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 1 R.C.S. 470, [2001] A.C.S. no 14 (C.S.C.).

[13] *Brophy c. Manitoba (Attorney General)*, *id.*, 214.

religieuse formaient un tout, les membres des minorités linguistiques pouvaient penser que l'instruction religieuse leur permettrait d'être instruits dans leur langue. Or, malgré les attentes initiales, il est vite devenu évident que le paragraphe 93(1) ne protégeait pas l'instruction dans la langue de la minorité[14]. Bien que l'éducation en langue anglaise existe au Québec depuis le début de la Confédération, le service correspondant n'était pas offert aux communautés francophones à l'extérieur du Québec. De 1867 à 1969, l'anglais était, règle générale, la seule langue d'enseignement dans les écoles publiques à l'extérieur du Québec.

Il faudra attendre l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*[15] en 1982 pour qu'un droit à l'instruction dans la langue de la minorité soit finalement reconnu. En matière linguistique, la *Charte canadienne* prévoit, entre autres, le statut officiel du français et de l'anglais au Canada ainsi que le principe de l'égalité de ces deux langues officielles. La *Charte canadienne* contient un ensemble de dispositions aux articles 16 à 23 qui vise essentiellement l'atteinte de l'égalité des deux langues officielles. L'article 23 est cependant la seule disposition qui s'applique à toutes les provinces et à tous les territoires. Cet article est d'ailleurs qualifié par la Cour suprême du Canada de « clef de voûte de l'engagement du Canada envers le bilinguisme et le biculturalisme »[16], ce qui confirme l'importance dont il est investi dans la recherche de l'égalité linguistique au pays.

La Cour suprême du Canada expliquera dans *Solski* les raisons qui ont mené à l'adoption de l'article 23 dans les termes suivants :

> Le texte actuel de l'art. 23 témoigne indubitablement des difficultés éprouvées au cours des discussions et des négociations qui ont précédé le rapatriement de la Constitution canadienne en 1982. Dans

---

[14] Voir, notamment : *Ottawa Separate Schools Trustees c. Mackell*, *supra* note 12. Cette affaire portait sur la constitutionnalité d'un règlement ontarien (le règlement 17) qui imposait aux écoles séparées francophones d'assurer leur enseignement uniquement en anglais. Le Comité judiciaire du Conseil privé jugea que l'article 93 ne protégeait pas les races ou les langues, mais uniquement les catégories de personnes unies par une même religion. La province pouvait donc déclarer la langue anglaise comme seule langue d'enseignement sans contrevenir à la disposition.

[15] *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11) [ci-après « *Charte canadienne* »]. Pour un historique de l'origine de l'article 23, voir Pierre FOUCHER, « Les droits linguistiques en matière scolaire », dans Michel BASTARACHE (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, p. 274-77. Voir également : Jean-Pierre PROULX, « Le choc des Chartes » (1989) 23 *R.J.T.* 67.

[16] *Mahe*, *supra* note 2, par. 2. Dans *Solski (tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 201, par. 3, [2005] A.C.S. no 14 [ci-après « *Solski* »], la Cour parlera de « la pierre angulaire de la protection des droits linguistiques des minorités ».

l'élaboration de ces droits constitutionnels, on ne pouvait rester sourd aux demandes des francophones hors Québec visant la reconnaissance d'une égalité réelle dans le domaine de l'éducation. Il était aussi impossible d'ignorer les inquiétudes de la minorité anglophone du Québec à la suite des conflits linguistiques survenus à partir de la « Révolution tranquille » et ayant culminé avec l'adoption de la [Charte de la langue française]. Enfin, l'anxiété d'une partie importante des francophones québécois à l'égard de l'avenir de leur langue était un fait connu, ne serait-ce qu'en raison des perturbations qu'elle engendrait dans la vie politique canadienne et encore davantage dans celle du Québec.[17]

L'article 23 serait donc le résultat de ce contexte linguistique et politique. Il se lit comme suit :

23(1) Les citoyens canadiens :

a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,

b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province, ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.

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

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

a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité ;

b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics.

---

17 *Solski, id.*, par. 9.

L'article 23 établit un code complet des droits à l'instruction dans la langue de la minorité, lequel confère un statut spécial aux communautés linguistiques minoritaires anglophones ou francophones[18]. La Cour suprême du Canada a reconnu également que ce statut spécial créait des inégalités en accordant aux anglophones du Québec et aux francophones des territoires et des autres provinces des droits refusés à d'autres groupes linguistiques du pays[19]. Elle ajoutait également que l'article 23 est un exemple d'un moyen pouvant être utilisé pour réaliser l'égalité réelle dans le contexte particulier des communautés linguistiques minoritaires[20].

L'article 23 de la *Charte canadienne* prévoit donc le droit pour les parents appartenant à une minorité linguistique de langue officielle dans la province et les territoires où ils résident de faire instruire leurs enfants dans cette langue aux niveaux primaire et secondaire. Toutefois, ce droit est garanti uniquement lorsque « le nombre d'enfants le justifie ». Par ailleurs, si le nombre le justifie, ce droit à l'instruction comprend également le droit à des « établissements d'enseignement de la minorité linguistique ».

Pour obtenir ce droit, les parents doivent démontrer qu'ils appartiennent à l'une des trois catégories de titulaires prévues par l'article. La première catégorie comprend les personnes dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province ou du territoire. La deuxième catégorie concerne les parents qui ont reçu, au Canada, leur instruction primaire dans la langue de la minorité de la province où ils résident. Enfin, la troisième catégorie prévue par le paragraphe 23(2) de la *Charte canadienne* dépend de la langue d'instruction de l'enfant.

De ce droit constitutionnel découle une série d'obligations que nous chercherons à explorer dans les pages qui suivent. Toutefois, afin de bien comprendre la nature de l'article 23, il est important de nous attarder, en premier lieu, aux principes qui devraient servir à interpréter cette disposition. Le fil conducteur de la jurisprudence en ce qui concerne l'interprétation de l'article 23 est clair : il s'agit de la prise en charge par les communautés de langue officielle minoritaire de la gestion de leur système scolaire et de l'identification de leurs besoins afin d'assurer à leurs élèves un enseignement de grande qualité dans leur langue.

---

18 *Id.*, par. 20. Voir également : *Mahe*, *supra* note 2, par. 45; *Adler*, *supra* note 5, par. 32.

19 *Mahe*, *id.*, par. 45.

20 *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3, par. 31, [2000] A.C.S. no 1 (C.S.C.) [ci-après « *Arsenault-Cameron* »].

L'article 23 a donné lieu à de nombreuses contestations judiciaires. Depuis son adoption, la Cour suprême du Canada a été appelée à se prononcer à de multiples reprises à son sujet[21]. Dans chacune de ces décisions, elle a donné à l'article 23, une interprétation large et libérale, conforme aux attentes que les communautés de langue officielle avaient fondées sur cette disposition lors de son adoption. Il est également important de rappeler que si pour les communautés francophones à l'extérieur du Québec, l'article 23 fut un outil qui a servi à contrer leur assimilation progressive et à favoriser leur développement et leur épanouissement, au Québec, il aura surtout permis à la communauté anglophone d'attaquer certaines dispositions de la *Charte de la langue française*[22].

II. Les principes d'interprétation de l'article 23

1. Langue, culture et éducation

Les tribunaux canadiens ont joué un rôle important dans le développement des droits linguistiques au Canada. Il ne serait d'ailleurs pas faux d'affirmer que ce sont les tribunaux qui ont défini, dans une large mesure, le cadre de l'aménagement linguistique canadien. Dans l'arrêt *Beaulac*, la Cour suprême du Canada confirme « l'importance des droits linguistiques comme soutien des collectivités et de leur culture » et précise « la nécessité d'interpréter les droits linguistiques comme un outil essentiel au maintien et à la protection des collectivités de langues officielles là ou ils s'appliquent »[23]. Elle explique également que les droits linguistiques « doivent dans tous les cas être interprétés en fonction de leur objet, de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada »[24].

---

[21] *Québec (Procureur général) c. Quebec Assn. of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, [1984] A.C.S. no 31 (C.S.C.) [ci-après « *Quebec Assn. of Protestant School Boards* »]; *Mahe, supra* note 2; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, [1993] 1 R.C.S. 839, [1993] A.C.S. no 26 (C.S.C.) [ci-après « *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques* »]; *Arsenault-Cameron, id.*; *Doucet-Boudreau c. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 R.C.S. 3, [2003] A.C.S. no 63 (C.S.C.) [ci-après « *Doucet-Boudreau* »]; *Solski, supra* note 16; *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 238, [2005] A.C.S. no 15 (C.S.C.) [ci-après « *Gosselin* »]; *Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen*, [2009] 3 R.C.S. 208, [2009] A.C.S. no 47 (C.S.C.) [ci-après « *Nguyen* »].

[22] *Charte de la langue française*, L.R.Q. c. C-11.

[23] *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 17 et 25, [1999] A.C.S. no 25 (C.S.C.) [ci-après « *Beaulac* »].

[24] *Id.*, par. 25 (soulignements dans l'original); *Arsenault-Cameron, supra* note 20, par. 27.

Dans l'arrêt *Doucet-Boudreau*, la Cour suprême du Canada confirme qu'il faut donner à la Charte une interprétation large et libérale fondée sur son objet et non une interprétation étroite ou formaliste[25]. Les tribunaux doivent donc éviter de donner à l'article 23 une interprétation étroite et formaliste susceptible de contrecarrer son objectif, soit la préservation de la langue et de la culture de la minorité de langue officielle.

L'article 23 reflète une volonté commune de protéger les minorités linguistiques francophones ou anglophones au Canada et de favoriser leur épanouissement. La reconnaissance de droits à l'éducation dans la langue d'une minorité contribue ainsi à la préservation de la langue et de la culture minoritaire, ainsi que de la minorité elle-même[26].

La Cour suprême du Canada indique, dans l'arrêt *Mahe*, que l'article 23 renferme « une notion d'égalité entre les groupes linguistiques des deux langues officielles du Canada »[27]. Elle ajoute que l'objet général de l'article 23 est de « 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 »[28].

L'allusion à la culture est importante, car il est de fait que 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. Une langue est plus qu'un simple moyen de communication; elle fait partie intégrante de l'identité et de la culture du peuple qui la parle[29]. Dans la décision *Arsenault-Cameron*, la Cour suprême du Canada ajoute : « Il faut clairement tenir compte de l'importance de la langue et de la culture dans le domaine de l'enseignement ainsi que de l'importance des écoles de la minorité linguistique officielle pour le développement de la communauté de langue officielle lorsque l'on examine les mesures prises par le gouvernement [...] »[30].

En conséquence, en analysant l'article 23, il faut toujours avoir à l'esprit le lien étroit qui existe entre langue, culture et enseignement.

---

[25] *Beaulac*, *id.* Voir également : *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques*, *supra* note 21, par. 16; *Arsenault-Cameron*, *id.*

[26] *Doucet-Boudreau*, *supra* note 21, par. 26.

[27] *Mahe*, *supra* note 2, par. 45.

[28] *Id.*, par. 31; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques*, *supra* note 21, par. 13.

[29] *Mahe*, *id.*, par. 32; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, par. 39-40, [1988] A.C.S. no 88 (C.S.C.).

[30] *Arsenault-Cameron*, *supra* note 20, par. 27.

C'est ce lien qui nous permettra de déterminer l'étendue des droits à l'instruction prévus à l'article 23, car les écoles de la minorité, en plus d'être des centres d'enseignement, « servent [...] de centres communautaires qui peuvent favoriser l'épanouissement de la culture de la minorité linguistique et assurer sa préservation. Ce sont des lieux de rencontre dont les membres de la minorité ont besoin, des locaux où ils peuvent donner expression à leur culture »[31].

2. L'article 23 : un droit collectif

L'article 23, comme tous les droits linguistiques, met en jeu non seulement des droits individuels, mais également des droits collectifs, rendant ainsi fort délicat l'effort d'aménagement de ces droits. Comme l'explique la Cour suprême du Canada :

> Il s'agit en effet, d'une part, d'assurer l'épanouissement personnel des membres des minorités et de leurs familles dans chaque province ou territoire. D'autre part, sur le plan collectif, ces questions linguistiques mettent en jeu le développement et la présence des minorités anglophones au Québec et des francophones ailleurs au Canada. Elles mettent aussi inéluctablement en cause la perception que la communauté francophone du Québec a de son avenir au Canada, puisque, majorité au Québec, elle se trouve minoritaire au Canada et encore davantage dans l'ensemble nord-américain. Ajoutons à ce tableau les difficultés graves engendrées par le taux d'assimilation des minorités francophones hors Québec, pour lesquelles les droits linguistiques actuels représentent des acquis récents, chèrement et difficilement obtenus. L'interprétation judiciaire fait alors face à la responsabilité de concilier des priorités et intérêts parfois divergents et de ménager l'avenir de chaque communauté linguistique. Ainsi, le contexte social, démographique et historique de notre pays constitue nécessairement la toile de fond de l'analyse des droits linguistiques. Celle-ci ne saurait s'effectuer dans l'abstrait, sans égard au contexte qui a conduit à la reconnaissance de ces droits ou aux préoccupations auxquelles leurs modalités d'application actuelles sont censées répondre.[32]

La Cour suprême du Canada décrit l'école comme « l'institution la plus importante pour la survie de la minorité linguistique officielle, qui

---

[31] *Mahe*, *supra* note 2, par. 33.

[32] *Solski*, *supra* note 16, par. 5.

est elle-même un véritable bénéficiaire en vertu de l'art. 23 »[33]. Ce faisant, la Cour reconnaît le caractère collectif de l'article 23. En effet, si cet article reconnaît des droits individuels, dans la mesure où chaque parent répondant aux critères peut se prévaloir des droits qu'il accorde; il porte aussi une dimension collective puisqu'en fin de compte, c'est la communauté minoritaire qui est la vraie bénéficiaire des droits conférés par l'article. En conséquence, il serait dangereux de mettre uniquement l'accent sur le droit individuel à l'instruction, au détriment des droits linguistiques et culturels de la communauté minoritaire.

Dans l'arrêt *Doucet-Boudreau*, la Cour suprême du Canada confirme à nouveau le caractère collectif de l'article 23 :

> Les droits à l'instruction dans la langue de la minorité, que garantit l'art. 23, ont un caractère unique. Ils sont typiquement canadiens en ce qu'ils constituent « la clef de voûte de l'engagement du Canada envers le bilinguisme et le biculturalisme » (Mahe, précité, p. 350). L'article 23 impose aux gouvernements l'obligation absolue de mobiliser des ressources et d'édicter des lois pour l'établissement de structures institutionnelles capitales (Mahe, p. 389). Bien que les droits soient conférés aux individus (Renvoi sur les écoles, p. 865), ils ne peuvent être exercés que si « le nombre le justifie », et la nature de l'obligation des gouvernements de fournir des établissements et des programmes varie en fonction du nombre d'élèves susceptibles de se prévaloir des services (Mahe, p. 366; Renvoi sur les écoles, p. 850; Arsenault-Cameron, précité, par. 38). Cette exigence donne à l'exercice de ces droits individuels une dimension collective particulière.[34]

La Cour, dans l'arrêt *Solski*, cherchera à réconcilier le caractère collectif et la nature individuelle des droits énoncés à l'article 23 en déclarant :

> Ces ensembles législatifs encadrent des situations qui mettent en jeu non seulement des droits individuels, mais aussi la vie des communautés linguistiques et la perception que celles-ci ont de leur avenir. [...]
>
> Les droits garantis par l'art. 23 sont, dans ce sens, des droits collectifs, ce que reflètent d'ailleurs les conditions assortissant leur exercice... Néanmoins, bien qu'ils présupposent l'existence d'une communauté linguistique susceptible d'en bénéficier, ces droits ne se définissent pas avant tout comme des droits collectifs. Un examen attentif de la

---

33 *Arsenault-Cameron*, *supra* note 20, par. 27; *Doucet-Boudreau*, *supra* note 21, par. 28.

34 *Doucet-Boudreau*, *id.*, par. 28 (nos soulignements).

> formulation de l'art. 23 révèle qu'il s'agit de droits individuels en faveur de personnes appartenant à des catégories particulières de titulaires de droits.[35]

Malgré l'importance qui est accordée à la dimension collective de l'article 23, il est important de rappeler que la définition des titulaires des droits n'est pas collective, mais individuelle et qu'elle ne fait pas référence à une appartenance ethnique ou historique[36].

3. Le caractère réparateur de l'article 23

La Cour suprême du Canada fait également allusion au caractère réparateur de l'article 23, en ce sens que l'article vise à remédier aux déficiences des systèmes d'éducation en vigueur dans les provinces canadiennes qui ont eu pour effet de nuire à l'épanouissement et à la préservation de la langue et de la culture de la minorité de langue officielle. Dans l'arrêt *Mahe*, la Cour s'exprime ainsi relativement à ce caractère réparateur :

> 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 [...] À tort ou à raison [...] 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.[37]

L'article 23 vise donc à changer le *statu quo*. Il est « destiné à remédier, à l'échelle nationale, à l'érosion progressive des minorités parlant l'une ou l'autre langue officielle et à appliquer la notion de "partenaires égaux" des deux groupes linguistiques officiels dans le domaine de l'éducation »[38]. Dans *Arsenault-Cameron*, la Cour declare qu'« [u]ne interprétation fondée sur l'objet des droits prévus à l'art. 23

---

35 *Solski*, *supra* note 16, par. 4 et 23.

36 *Abbey c. Conseil de l'éducation du comté d'Essex*, [1999] O.J. No. 303, par. 24 (C.A. Ont.).

37 *Quebec Assn. of Protestant School Boards*, *supra* note 21, par. 30; *Mahe*, *supra* note 2, par. 34; *Solski*, *supra* note 16, par. 20.

38 *Mahe*, *id.*, par. 35.

repose sur le véritable objectif de cet article qui est de remédier à des injustices passées et d'assurer à la minorité linguistique officielle un accès égal à un enseignement de grande qualité dans sa propre langue, dans des circonstances qui favoriseront le développement de la communauté »[39].

4. Un droit vulnérable face à l'inaction des gouvernements

Selon la majorité de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Doucet-Boudreau*, les droits garantis par l'article 23 présentent également une autre caractéristique. En raison de l'exigence du « nombre justificatif », les droits garantis, par cet article sont particulièrement vulnérables à l'inaction ou aux atermoiements des gouvernements. Le risque d'assimilation et, par conséquent, le risque que le nombre cesse de « justifier » la prestation des services augmente avec les années scolaires qui s'écoulent sans que les gouvernements exécutent les obligations que leur impose l'article 23. Ainsi, l'érosion culturelle que l'article 23 vise à enrayer peut provoquer la suspension des services fournis en application de cette disposition lorsque le nombre cesse de justifier la prestation de ces services. Les inactions et les atermoiements des gouvernements, s'ils sont tolérés, pourraient donc leur permettre éventuellement de se soustraire aux obligations que leur impose cet article[40].

L'article 23 énonce donc un nouveau genre de garantie juridique, très différente de celles dont les tribunaux ont traditionnellement traité. Tant son origine que la forme qu'il revêt témoignent de son caractère inhabituel. Il confère à un groupe un droit qui impose au gouvernement des obligations positives de changer ou de créer d'importantes structures institutionnelles[41].

Le point de vue de la Cour suprême du Canada à l'égard de l'objet de l'article 23 fournit un indice révélateur du cadre général de son interprétation. Le fait qu'il a un caractère réparateur permet également aux tribunaux d'adopter une approche créatrice quant à son rôle; une approche qui aura pour objet le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle. L'interprétation de l'article 23 peut également varier d'un ressort à un autre, en fonction de la dynamique d'une région[42].

---

39 *Arsenault-Cameron*, *supra* note 20, par. 25.

40 *Doucet-Boudreau*, *supra* note 21, par. 29.

41 *Mahe*, *supra* note 2, par. 37.

42 *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques*, *supra* note 21, par. 16. Voir également, *Solski*, *supra* note 16, par. 5.

III. Les titulaires du droit : les ayants droit

Puisqu'il vise un objectif particulier, à savoir l'épanouissement des minorités de langue officielle, l'article 23 définit les catégories de personnes auxquelles il confère des droits. Ainsi, le droit de faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province appartient aux citoyens canadiens (critère général) :

1. dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident (alinéa 23 (1)a));
2. qui sont des parents ayant reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province (alinéa 23(1)b));
3. dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au primaire ou au secondaire, en français ou en anglais au Canada (paragraphe 23(2))[43].

Puisque le critère général est celui de la citoyenneté, seules les personnes qui ont la citoyenneté canadienne ont le droit d'invoquer les droits qui sont reconnus à l'article 23. Toutefois, cela ne veut pas dire qu'un immigrant n'a pas le droit de faire instruire ses enfants dans une école de la minorité linguistique. La question de savoir dans quels cas les enfants de non-citoyens peuvent être instruits dans la langue de la minorité est laissée à l'appréciation de la minorité dans l'exercice de son droit de gestion des écoles de la minorité ou, comme c'est le cas au Québec, à la loi du ressort[44].

1. Les trois catégories de titulaire

À la lecture des alinéas 23(1)a) et b) et du paragraphe 23(2), nous constatons que les droits reconnus à l'article 23 appartiennent aux parents. De plus, pour que l'article s'applique, il n'est pas nécessaire que les deux parents soient admissibles. Il suffit que l'un des parents, ou le gardien légal[45], soit un ayant droit. La disposition n'exige pas non plus

---

[43] Le trait particulier de ce paragraphe est qu'il s'applique indépendamment du fait que les parents ou les enfants admissibles fassent partie de la communauté minoritaire ou parlent la langue minoritaire à la maison.

[44] Nous y reviendrons un peu plus loin.

[45] Voir *Perron c. Perron*, 2012 ONCA 81, par. 21, [2012] O.J. No. 492 (C.A. Ont.).

que les enfants des ayants droit, pour avoir droit de recevoir leur instruction en français, soient eux-mêmes francophones ou vice versa pour les anglophones : « pour être admissibles sous le régime de l'art. 23, les enfants n'ont pas à posséder une connaissance pratique de la langue de la minorité ni à appartenir à un groupe culturel identifié à cette langue »[46].

En faisant ce choix, le constituant n'a pas tenu compte du fait qu'il y a souvent absence d'homogénéité linguistique chez les ayants droit, notamment dans les situations d'exogamie, et que le fait que l'un des parents remplisse l'un ou l'autre des critères énoncés ne veut pas dire que les enfants parlent la langue de la minorité. Or, l'absence de connaissance de la langue de la minorité par leurs enfants ou le fait qu'ils ne fassent pas partie, d'un point de vue culturel, du groupe linguistique minoritaire ne fera pas obstacle aux droits des parents qui remplissent les critères d'admissibilité de revendiquer le droit constitutionnel à l'instruction dans les écoles de la minorité[47].

a) L'alinéa 23(1)a)

Le critère de « la première langue apprise et encore comprise » s'applique dans toutes les provinces et territoires canadiens, à l'exception du Québec[48]. La Cour suprême du Canada explique cette exception dans les termes suivants :

> On peut spéculer sur la raison de cette exception; pour autant que le Québec est concerné, l'al. 23(1)a) vise des citoyens canadiens de langue maternelle anglaise qui n'auraient pas reçu leur instruction, au niveau primaire, en anglais au Canada, c'est-à-dire, en pratique et pour un grand nombre, des immigrants de langue maternelle anglaise devenus citoyens canadiens; il est donc permis de penser que cette disposition particulière de la Charte a été suspendue pour le Québec afin de calmer en partie les inquiétudes exprimées au Québec bien avant l'adoption de la Loi 101 à propos de l'immigration, à cause de la situation minoritaire de la langue française en Amérique du Nord.[49]

Dans les autres provinces et territoires canadiens, cette disposition était non seulement nécessaire, mais essentielle, si on voulait rendre accessible

---

[46] *Solski*, *supra* note 16, par. 33.

[47] *Mahe*, *supra* note 2, par. 67.

[48] En vertu de l'article 59 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, cet alinéa ne s'applique pas au Québec. L'article 59 dispose que son entrée en vigueur dans cette province exige l'autorisation de l'assemblée législative ou du gouvernement du Québec, autorisation qui n'a jamais été accordée.

[49] *Quebec Assn. of Protestant School Boards*, *supra* note 21, par. 37.

l'instruction en langue française. En effet, les deux autres critères présupposent l'existence d'écoles dans la langue de la minorité. Or, avant 1982, à l'exception du Nouveau-Brunswick et de certaines parties de l'Ontario, des écoles de langue française étaient plutôt rares dans ces provinces. Sans le critère de la « première langue apprise et encore comprise » plusieurs communautés francophones à l'extérieur du Québec n'auraient pas pu profiter des bénéfices de l'article 23.

Des trois critères énoncés à l'article 23, ce critère est certainement celui qui est le plus facilement délimité. Comme l'indique une décision du Nouveau-Brunswick, savoir quelle est la première langue apprise par quelqu'un peut être déterminé « en cinq minutes »[50]. Il est clair à la lecture de l'alinéa 23(1)a) qu'un parent dont la première langue apprise et encore comprise est la langue de la majorité ne peut pas exiger que ses enfants soient instruits dans la langue de la minorité. Qu'en est-il cependant des citoyens dont la première langue apprise et encore comprise n'est ni l'anglais ni le français ? Cette question n'a pas encore été soulevée devant les tribunaux, mais étant donné le caractère réparateur de l'article 23, une manière d'interpréter l'alinéa 23(1)a) serait de déterminer, dans ces cas, quelle est la première langue officielle apprise et encore comprise par cette personne.

b) L'alinéa 23(1)b)

L'alinéa 23(1)b) confère aux parents qui ont reçu, au Canada, leur instruction au primaire dans la langue de la minorité de la province où ils résident le droit de faire instruire leurs enfants dans cette langue. Cette formulation, que certains décrivent comme la « clause Canada », remplace celle qui avait cours au Québec dans une ancienne version de la *Charte de la langue française*[51], qui interdisait aux parents ayant reçu leur instruction primaire en anglais à l'extérieur du Québec de faire instruire au Québec leurs enfants dans la langue de la minorité. On décrivait cette formulation comme la « clause Québec ». Dans *Quebec Protestant School Board*, la Cour suprême du Canada a statué que les droits énoncés à l'article 23 de la Charte sont garantis à des catégories bien particulières de personnes et que cette classification spécifique se trouve au cœur même de la disposition, car elle est le moyen choisi par le

[50] *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick c. Minority Language School Board No. 50* (1983), 48 R.N.B. (2d) 361, [1983] A.N.-B. no 245 (B.R.N.-B.).

[51] *Charte de la langue française*, L.Q. 1977, c. 5, art. 73.

constituant pour identifier les titulaires des droits qu'il entend garantir[52]. En ce qui concerne l'article 73 de la *Charte de la langue française*, la Cour conclut que cette disposition heurte de front celles de l'article 23 de la Charte et que les restrictions qu'il impose ne peuvent être légitimées par l'article premier de la Charte[53].

L'instruction primaire dans des écoles d'immersion ou dans des établissements bilingues n'est pas non plus considérée en vertu de l'alinéa 23(1)b) comme une instruction dans une école de la minorité linguistique. Dans l'arrêt *Solski*, la Cour suprême du Canada explique que les programmes d'immersion sont conçus pour donner une formation dans la langue seconde aux enfants qui fréquentent les écoles destinées à ceux et celles qui adoptent la langue de la majorité. Ces programmes sont offerts dans un environnement où il existe une majorité linguistique et où la langue de la majorité est parlée en dehors des classes et pendant les activités parascolaires. Ils sont offerts dans des écoles de la majorité linguistique faisant partie du système scolaire de cette majorité. Il leur manque donc l'élément culturel essentiel à l'instruction dans la langue de la minorité. Selon la Cour, il serait contraire à l'objet de l'article 23 d'assimiler les programmes d'immersion à l'enseignement dans la langue de la minorité[54].

c) Le paragraphe 23(2)

Le paragraphe 23(2) prévoit que les parents dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada, ont le droit constitutionnel de revendiquer pour tous leurs enfants, le droit de compléter leurs études primaires et secondaires dans cette langue. Dans l'arrêt *Solski*, la Cour suprême du Canada décrit comme suit l'objet de ce paragraphe :

> Le paragraphe 23(2) [...] favorise la liberté de circulation et d'établissement ainsi que la continuité de l'instruction dans la langue de la minorité, même si le changement de lieu de résidence n'est pas une condition d'exercice du droit garanti. Comme nous l'avons vu, l'art. 23 est également censé s'appliquer à des membres de communautés culturelles qui ne sont ni francophones ni anglophones.[55]

---

52 *Quebec Assn. of Protestant School Boards*, *supra* note 21, par. 53.

53 *Id.*, par. 57.

54 *Solski*, *supra* note 16, par. 50.

55 *Id.*, par. 33.

Le paragraphe 23(2) ne précise pas quelle devrait être la durée de l'instruction reçue. Il n'exige pas non plus que cette instruction soit reçue de manière consécutive et sans interruption. Dans l'affaire *Solski*, des parents québécois contestaient le seuil imposé par la *Charte de la langue française* pour que leurs enfants puissent recevoir l'enseignement en anglais. Le paragraphe 73(2) de la *Charte de la langue française* énonçait :

> 73. Peuvent recevoir l'enseignement en anglais, à la demande de l'un de leurs parents, [...]
>
> 2° les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et qui ont reçu ou reçoivent un enseignement primaire ou secondaire en anglais au Canada, de même que leurs frères et sœurs, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire ou secondaire reçu au Canada; [...]

La Cour suprême du Canada a statué que cette disposition était inconstitutionnelle. Selon la Cour, pour respecter la disposition constitutionnelle, le critère de la « majeure partie » qu'établit la *Charte de la langue française* doit comporter une évaluation qualitative plutôt que strictement quantitative du cheminement scolaire de l'enfant, une évaluation permettant de déterminer si cet enfant a reçu une partie importante de son instruction, considérée globalement, dans la langue de la minorité. Elle poursuit en expliquant que le cheminement scolaire antérieur et actuel de l'enfant est le meilleur indice d'engagement authentique à cheminer dans la langue d'enseignement de la minorité. Elle ajoute que l'évaluation requise est à la fois subjective, en ce sens qu'il est nécessaire d'examiner l'ensemble de la situation de l'enfant, et objective, en ce sens que les autorités doivent déterminer si, compte tenu de la situation personnelle de l'enfant et de son cheminement scolaire antérieur et actuel, l'admission de celui-ci cadre avec l'objet général du paragraphe 23(2) et, en particulier, avec la nécessité de protéger et de renforcer la communauté linguistique minoritaire en conférant des droits individuels à une catégorie particulière de bénéficiaires[56].

À la suite de cette décision, s'est posée la question à savoir si des parents non-ayants droit qui inscrivent leurs enfants dans des écoles privées non subventionnées de langue anglaise peuvent également se prévaloir du paragraphe 23(2) pour revendiquer l'admission de leurs enfants dans les écoles de la minorité. Au Québec, par exemple, une

[56] *Id.*, par 28.

modification apportée à la *Charte de la langue française*, en 2002, indiquait que le temps passé dans ces écoles ne pouvait compter dans l'évaluation de la « majeure partie »[57] de l'enseignement. Dans l'affaire *Nguyen*, la Cour suprême du Canada a statué qu'une telle exclusion portait atteinte au droit protégé par le paragraphe 23(2) et ne pouvait constituer une limite raisonnable au sens de l'article premier de la Charte. La Cour a reconnu que les objectifs visés par les mesures adoptées par le législateur québécois, soit de franciser ses immigrants, étaient suffisamment importants et légitimes pour justifier l'atteinte aux droits garantis, mais elle a ajouté que les moyens choisis pour ce faire n'étaient pas proportionnels aux objectifs recherchés. La Cour précise que bien qu'il existe un lien rationnel de causalité entre les objectifs et les modifications apportées à la *Charte de la langue française* en 2002, les moyens retenus par le législateur ne représentent pas une atteinte minimale aux droits constitutionnels garantis par le paragraphe 23(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*[58].

2. Les non-ayants droit

Puisque l'article 23 accorde des droits à certains groupes de parents admissibles, cela soulève la question de savoir si l'article 23 a pour effet de limiter l'accès aux écoles de la minorité aux seuls enfants dont les parents sont admissibles. À un extrême, nous avons le Québec qui, avec la *Charte de la langue française*, impose l'instruction en français à presque tous les enfants de parents non admissibles en vertu de l'article 23[59]. À l'autre extrême, nous avons le Nouveau-Brunswick, où les enfants de parents non admissibles en vertu de l'article 23 ont le droit d'être instruits dans la langue de la minorité s'ils sont en mesure de démontrer que l'enfant « a une compétence linguistique suffisante » de la langue de fonctionnement de l'école[60]. L'effet pervers de l'approche néo-brunswickoise est qu'une fois cet enfant admis, ses frères et sœurs, même s'ils ne possèdent pas une connaissance suffisante de la langue française, deviennent également admissibles en vertu du paragraphe 23(2). En Saskatchewan, l'enfant d'un parent non admissible ne peut s'inscrire dans une école de langue de la minorité

57 *Charte de la langue française*, *supra* note 22, art. 73.
58 *Nguyen*, *supra* note 21, par. 37 et 40-41.
59 *Charte de la langue française*, *supra* note 22, c. VIII.
60 *Loi sur l'éducation*, L.N.-B. 1997, c. E-1.12, art. 5.

qu'avec l'agrément conjoint des conseils scolaires de la minorité et de la majorité[61]. Dans d'autres ressorts, la décision se prend au cas par cas[62].

L'affaire *Commission scolaire francophone du Yukon no 23* c. *Territoire du Yukon (Procureure générale)*[63], portait notamment sur la validité d'un règlement limitant l'accès aux programmes d'instruction dans la langue de la minorité aux enfants dont les parents ont des droits sous l'article 23. La politique de la commission scolaire prévoyait la possibilité d'admettre au cas par cas des enfants dont un ancêtre était francophone, dont un parent est un immigrant francophone ou un immigrant qui ne parle ni le français ni l'anglais, ou dont les parents sont anglophones et veulent s'intégrer à la communauté minoritaire francophone[64]. Les représentants de la minorité géraient, depuis 1996, l'admission d'enfants dont les parents ne jouissaient pas de droits en vertu de l'article 23 de la Charte[65].

Selon la Cour suprême du Yukon, le pouvoir exclusif de gestion et de contrôle conféré aux ayants droit ou leurs représentants[66] en ce qui concerne les aspects linguistiques et culturels de l'éducation comprend également le pouvoir de décider d'admettre des enfants dont un parent n'a pas de droits sous l'article 23[67]. Ce pouvoir serait cependant soumis à deux limites : premièrement, il ne s'appliquerait pas lorsque la langue de la majorité est elle-même menacée et, deuxièmement, ce pouvoir devrait s'exercer de manière à protéger le caractère linguistique et culturel de l'école de la minorité[68]. Or, en l'espèce, la Cour a conclu que les motivations gouvernementales en adoptant le règlement en question étaient toute autres et sans valeur : il s'agissait d'une tentative à peine déguisée d'éviter les conséquences, pour les fonds publics, qui découleraient inéluctablement de l'augmentation des effectifs dans le programme de langue française[69].

---

[61] *Loi de 1995 sur l'éducation*, S.S. 1995, c. E-0.2, art. 144.

[62] *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, c. E-2, art. 293; *School Act*, R.S.B.C. 1996, c. 412, art. 166.24(3); *Loi sur les écoles publiques*, C.P.L.M., c. P250, par. 21.15(15), 21.16 et 21.17.

[63] *Commission scolaire francophone du Yukon no 23 c. Territoire du Yukon (Procureure générale)*, 2011 YKSC 57, [2011] Y.J. No. 132 (Y.S.C.) [ci-après « *Commission scolaire francophone du Yukon* »].

[64] *Id.*, par. 748. Voir également : *Commission scolaire francophone c. Territoires du Nord-Ouest (Procureur général)*, 2012 CSTN-O 44, [2012] N.W.T.J. No. 46 (C.S.T.N.-O.).

[65] *Commission scolaire francophone du Yukon*, *supra*, note 63, par. 750-751.

[66] Nous reviendrons sur la question du droit de gestion et de contrôle un peu plus loin dans le chapitre.

[67] *Commission scolaire francophone du Yukon*, *supra* note 63, par. 760, 762 et 764-765.

[68] *Id.*, par. 763.

[69] *Id.*, par. 765.

La question de l'admissibilité des non-ayants droit dans les écoles de la minorité est loin d'être résolue notamment en ce qui concerne le Québec. Certains soutiennent qu'étant donné la situation linguistique particulière du Québec, il serait possible pour le gouvernement de cette province de tout simplement fermer les portes à l'accessibilité au non-ayants droit à l'école anglaise. Ils soutiennent qu'une telle approche serait parfaitement légitime puisqu'un droit à l'éducation dans la langue de son choix n'est pas protégé par la Charte[70]. Cette approche serait toutefois clairement en conflit avec celle préconisée par la Cour suprême du Yukon dans l'affaire *Commission scolaire francophone du Yukon*. Les tribunaux devront dans ces cas porter une attention particulière aux contextes différents des francophones hors Québec et du Québec.

Le cas spécifique du Québec mérite également notre attention sous un autre angle. Comme nous venons de le voir, le paragraphe 23(2) de la Charte permet aux citoyens canadiens dont l'un des enfants reçoit ou a reçu son instruction dans la langue de la minorité linguistique de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction. La *Charte de la langue française* établit qu'en principe, le français est la langue officielle et commune de l'enseignement primaire et secondaire au Québec[71], mais le premier alinéa de l'article 73 permet aux enfants qui ont reçu ou reçoivent la majeure partie de leur enseignement primaire ou secondaire en anglais au Canada d'avoir accès à l'enseignement public ou subventionné en anglais au Québec. En 2002, des alinéas ont été ajoutés à l'article 73 afin de répondre à des inquiétudes face à la montée du phénomène dit des « écoles passerelles », où des parents dont les enfants n'avaient pas droit à l'enseignement dans la langue de la minorité au Québec inscrivaient ceux-ci dans une école privée non subventionnée pendant une courte période de temps, afin de les rendre admissibles aux écoles anglaises financées par les fonds publics. Comme l'explique la Cour suprême du Canada, ces écoles dites « passerelles » semblent être parfois des institutions créées dans le seul but de qualifier artificiellement des enfants pour l'admission dans le système d'éducation anglophone financé par les fonds publics : « Lorsque des écoles sont établies principalement dans le but d'aménager le transfert d'élèves non admissibles au réseau anglophone financé par les fonds publics et que leur enseignement sert, en effet, à réaliser ce transfert,

[70] Voir *Nguyen*, *supra* note 21, par. 35.

[71] *Charte de la langue française*, *supra* note 22, art. 72.

on ne saurait affirmer que l'on se retrouve devant un parcours scolaire authentique »[72].

L'alinéa 2 de l'article 73 prévoyait que les périodes de fréquentation scolaire passées dans ces écoles privées ne seraient pas prises en compte pour établir l'admissibilité d'un enfant à l'enseignement dans le réseau scolaire anglophone financé par les fonds publics. L'alinéa 3 établissait la même règle pour l'enseignement reçu en vertu d'une autorisation particulière accordée par la province selon les articles 81, 85 ou 85.1 de la *Charte de la langue française*, dans les cas de difficultés graves d'apprentissage, de séjours temporaires au Québec ou de situations graves d'ordre familial ou humanitaire.

Dans l'affaire *Nguyen*, des parents avaient inscrit pour une courte période leurs enfants dans des écoles privées non subventionnées qui offraient l'enseignement en anglais. Par la suite, ils ont demandé que leurs enfants soient déclarés admissibles à l'enseignement public ou subventionné en anglais. Le ministère de l'Éducation du Québec a rejeté toutes les demandes en invoquant l'alinéa 2 de l'article 73 de la *Charte de la langue française*. Le Tribunal administratif du Québec[73] et la Cour supérieure du Québec[74] ont rejeté les recours des parents visant à faire déclarer inconstitutionnelles les modifications apportées à la *Charte de la langue française* en 2002. La Cour d'appel[75] a infirmé les décisions et jugé que les alinéas 2 et 3 de l'article 73 de la *Charte de la langue française* portaient atteinte aux droits garantis par l'article 23 de la *Charte canadienne* et que les atteintes n'étaient pas justifiées en vertu de l'article premier de cette *Charte*.

Dans sa décision, la Cour suprême du Canada a confirmé la déclaration d'invalidité des alinéas 2 et 3 de l'article 73 de la *Charte de la langue française* prononcée par la Cour d'appel du Québec, mais la décision a été suspendue pour une période d'un an afin de permettre au gouvernement québécois d'apporter les modifications nécessaires. Selon la Cour suprême, les alinéas 2 et 3 de l'article 73 contreviennent au paragraphe 23(2) de la *Charte canadienne*. La Cour précise que la *Charte canadienne* n'établit aucune distinction entre le type d'enseignement reçu par l'enfant, le caractère public ou privé de l'établissement d'enseignement ou encore la

---

[72] *Nguyen*, *supra* note 21, par. 36.

[73] *N. (H.) c. Québec (Ministre de l'Éducation et Procureur général)*, [2003] T.A.Q. 975 (T.A.Q.).

[74] *N. (H.) c. Tribunal administratif du Québec*, [2004] Q.J. No. 9812 (C.S. Qué.).

[75] *N. (H.) c. Québec (Ministère de l'Éducation)*, [2007] R.J.Q. 2097, [2007] J.Q. no 9410 (C.A. Qué.).

source de l'autorisation en vertu de laquelle l'enseignement dans une langue est dispensé :

> Le paragraphe 23(2) de la *Charte canadienne* traduit davantage une réalité factuelle où des droits en matière linguistique sont protégés lorsque, compte tenu de l'ensemble de la situation de l'enfant et selon une analyse à la fois subjective et objective de son parcours, il est établi que celui-ci reçoit ou a reçu de l'instruction dans l'une des deux langues officielles du Canada. C'est donc le fait pour l'enfant d'avoir reçu de l'instruction dans une langue qui permet l'exercice du droit constitutionnel. Cette interprétation rejoint d'ailleurs l'objectif premier du par. 23(2), à savoir favoriser la continuité d'emploi de la langue d'instruction.[76]

Or, selon la Cour suprême du Canada, les alinéas 2 et 3 de l'article 73 interdisent toute reconnaissance des parcours scolaires qui se sont déroulés dans une école privée non subventionnée ou en application d'une autorisation particulière accordée en vertu de la *Charte de la langue française* : « Ces périodes d'études sont, pour ainsi dire, effacées du parcours scolaire de l'enfant, comme si elles n'avaient jamais eu lieu »[77]. La Cour reconnaît cependant que les objectifs visés par les mesures adoptées par le législateur québécois sont suffisamment importants et légitimes pour justifier l'atteinte aux droits garantis; ce sont les moyens choisis qui ne sont pas proportionnels aux objectifs recherchés[78].

À la suite de cette décision le gouvernement québécois a adopté la *Loi faisant suite aux décisions judiciaires en matière de langue d'enseignement*[79] (communément connue comme la Loi 115). Celle-ci a pour effet notamment d'abolir les alinéas 3, 4 et 5 de l'article 73 *Charte de la langue française.* Certains ont vu dans cette loi, un moyen de rendre légal les « écoles passerelles », alors que d'autres considèrent qu'elle ne respecte pas l'esprit de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Nguyen*. La question risque encore une fois de se retrouver devant les tribunaux.

Il est également important de souligner que l'article 23 ne confère aucun droit aux parents de la majorité. Ainsi, des parents francophones du Québec se sont vus refuser le droit de revendiquer un droit d'accès à

---

[76] *Nguyen*, *supra* note 21, par. 32.

[77] *Id.*, par. 31.

[78] *Id.*, par. 40 et 41.

[79] *Loi faisant suite aux décisions judiciaires en matière de langue d'enseignement*, L.Q. 2010, c. 23.

l'école de langue anglaise. Dans l'arrêt *Gosselin*, la Cour suprême du Canada explique :

> Les appelants sont membres de la majorité francophone du Québec et, à ce titre, leur objectif qui consiste à faire instruire leurs enfants en anglais ne correspond tout simplement pas à l'objectif de l'art. 23.[80]

Dans l'arrêt *Abbey*, la Cour d'appel de l'Ontario précise également que la Constitution ne garantit pas aux parents anglophones de l'Ontario le droit de choisir de faire instruire leurs enfants en français[81].

Certains soutiennent qu'un « droit à l'éducation », ou plus exactement un droit à l'éducation dans la langue de son choix, serait constitutionnellement protégé par la Charte (notons que le droit constitutionnel américain va dans le sens contraire[82]). Nous rejetons d'emblée ces prétentions, surtout qu'une telle interprétation aurait pour effet de dénaturer l'objet de l'article 23. Nous considérons que l'article 23 est un code complet et, puisque c'est le « droit à l'éducation dans la langue de la minorité » dont il est question, cette disposition ne peut être lue ou interprétée comme conférant des droits à des personnes autres que celles qui se qualifient. Les membres de la majorité linguistique et les personnes dites allophones (ne se qualifiant pas autrement) seraient donc exclus de la portée d'application de l'article 23.

IV. Les conditions d'application de l'article 23 : là où le nombre le justifie

1. La détermination du nombre

Le droit général des parents appartenant à la minorité linguistique de faire instruire leurs enfants, au primaire et au secondaire, dans leur langue officielle peut être exercé dans une province lorsque le nombre d'enfants de ces citoyens est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, à

---

80 *Gosselin*, *supra* note 21, par. 30.

81 *Abbey c. Conseil de l'éducation du comté d'Essex*, *supra* note 36, par. 27.

82 Voir la décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *San Antonio Independent School District c. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973), p. 35 : « Education, of course, is not among the rights afforded explicit protection under our Federal Constitution. Nor do we find any basis for saying it is implicitly so protected ». Toutefois, voir en doctrine: Barry FRIEDMAN et Sara SOLOW, « The Federal Right to an Adequate Education », (2013) 81 *Geo. Wash. L. Rev.* 92.

l'aide des fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité[83]. Ce droit comprend également, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, celui de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics[84].

L'exercice des droits reconnus à l'article 23 est donc soumis à une exigence numérique. Toutefois, les tribunaux ont maintes fois répétés que cette exigence numérique ne doit pas être déterminée au sein d'une frontière territoriale fixe et les gouvernements ne doivent pas, non plus, fixer à l'avance un seuil minimal en deçà duquel aucun droit ne peut être revendiqué. Dans l'arrêt *Mahe*, la Cour suprême du Canada a considéré que le droit à l'instruction dans la langue de la minorité et le droit de faire instruire les enfants dans des établissements d'enseignement de la minorité étaient les deux pôles d'un éventail de services d'enseignement qui pouvaient être offerts à la minorité linguistique[85]. En adoptant un critère variable, la Cour rejette l'idée que les alinéas 23(3)a) et b) créent deux droits distincts ne pouvant être invoqués qu'en présence du seuil numérique d'élèves requis.

Ainsi dans l'affaire *Commission scolaire francophone du Yukon*, la Cour supérieure du Yukon a conclu que le nombre approximatif de 400 élèves justifiait l'établissement d'une commission scolaire de la minorité linguistique et que le nombre de 90 à 125 élèves au secondaire justifiait l'agrandissement d'une école[86]. Dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*, il a été déterminé par la Cour suprême du Canada que 100 à 150 élèves justifiaient la construction d'une école primaire dans la ville de Summerside, à l'Île-du-Prince-Édouard[87]. Dans une autre décision, la Cour d'appel de l'Ontario a rappelé que l'imposition d'un nombre fixe, sans justification, présente un caractère arbitraire et injustifié[88].

Le niveau de services qui seront offerts en vertu de l'article 23 dépendra du nombre d'élèves. Il est donc important que le mode de calcul de ce nombre soit établi. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, le juge en chef Lamer de la Cour suprême du Canada, a défini ce chiffre de la manière suivante : « le nombre de personnes qui se prévaudront finalement du programme ou de

---

83 *Charte canadienne*, *supra* note 15, al. 23(3)a).

84 *Id.*, al. 23(3)b).

85 *Mahe*, *supra* note 2, par. 40.

86 *Commission scolaire francophone du Yukon*, *supra* note 63, par. 774.

87 *Arsenault-Cameron*, *supra* note 20, par. 40.

88 *Re: Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 10 D.L.R. (4d) 491, [1984] O.J. No. 3260 (C.A. Ont.).

l'établissement envisagés »[89]. Cette définition du nombre d'élèves sera reprise par la Cour suprême du Canda dans l'arrêt *Mahe*: « le chiffre pertinent aux fins de l'art. 23 est le nombre de personnes qui se prévaudront en définitive du programme ou de l'établissement envisagés »[90]. Elle expliquera cependant que ce chiffre sera estimé d'après la demande connue (le nombre d'inscriptions) et le nombre de personnes susceptibles de se prévaloir du programme (les parents ayants droit) et non seulement en vertu du nombre d'inscriptions au moment de la demande d'un ayant droit.

Dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*, la Cour suprême a cherché à préciser un peu plus le mode de calcul du « nombre » en vertu de l'article 23. La Cour a tenu à souligner que le « critère variable » adopté dans l'arrêt *Mahe* signifie que la norme numérique devra être précisée par l'examen des faits propres à chaque situation qui est soumise aux tribunaux. Elle ajoute que « le nombre pertinent est le nombre de personnes qui se prévaudront éventuellement du service, c'est-à-dire un nombre se situant approximativement entre la demande connue et le nombre total de personnes qui pourraient éventuellement se prévaloir du service »[91]. Le principe de la « demande éventuelle » retenue par la Cour est différent du principe de la « demande réelle », qui lui ne s'intéresse qu'au nombre d'inscriptions actuelles. Pour déterminer la « demande éventuelle », on ne s'arrêtera pas uniquement aux inscriptions actuelles, mais on devra également examiner les données démographiques pour en dégager des projections qui permettront d'établir le nombre pertinent d'enfants qui pourraient éventuellement se prévaloir de l'enseignement en français et le niveau de services qui devrait être offert.

L'alinéa 23(3)a) prévoit que ce droit s'exerce « partout dans la province », ce qui signifie que les calculs pertinents ne se limitent pas aux subdivisions scolaires existantes. D'ailleurs lorsqu'une commission linguistique minoritaire a été établie, la définition de la région est assujettie aux pouvoirs exclusifs de gestion et de contrôle de la minorité sur l'enseignement et les établissements de la minorité linguistique, sous réserve des normes et directives provinciales compatibles avec l'article 23. Sans cela, le caractère réparateur de l'article 23 serait grandement affaibli.

---

89 *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques*, *supra* note 21, par. 15.

90 *Mahe*, *supra* note 2, par. 78.

91 *Arsenault-Cameron*, *supra* note 20, par. 32.

Dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*, la Cour suprême du Canada s'est exprimée comme suit :

> L'alinéa 23(3)a) porte que le droit à l'instruction dans la langue de la minorité s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants est suffisant pour justifier la prestation de cette instruction. Les mots partout dans la province lient le droit à l'instruction à l'endroit géographique où existent les conditions permettant l'exercice de ce droit. Comme on l'a fait remarquer dans *Reference re : School Act.* [...] lorsqu'ils sont interprétés en corrélation avec la justification par le nombre, les termes partout dans la province [TRADUCTION] délimiteront une région dans la province où l'enseignement dans la langue de la minorité devra être dispensé.[92]

Il est également important de rappeler que, bien qu'il revienne aux demandeurs – les parents ayants droit – de faire la preuve que le nombre justifie la prestation des services demandés, les provinces ne sont pas pour leur part absoutes de toutes obligations à cet égard :

> Même si les demandeurs doivent établir leurs droits en vertu de l'art. 23, y compris la justification par le nombre, il n'est pas possible pour les titulaires d'un droit de minorité d'obtenir des renseignements plus précis et plus complets sur les prévisions d'inscriptions que ceux présentés en l'espèce, pas plus qu'il n'est raisonnable de leur en demander plus. La province a l'obligation de promouvoir activement des services éducatifs dans la langue de la minorité et d'aider à déterminer la demande éventuelle.[93]

2. Le niveau de service

Une fois le nombre d'élèves établi, deux facteurs pourront avoir un impact sur le niveau de services à offrir :

(1) les services appropriés, en termes pédagogiques, compte tenu du nombre d'élèves visés;

(2) le coût des services envisagés[94].

La préoccupation en ce qui a trait aux services pédagogiques se rapporte au fait que l'efficacité de certains programmes et de certains

---

92 *Id.*, par. 56.

93 *Id.*, par. 34.

94 *Mahe*, *supra* note 2, par. 79.

établissements se trouverait réduite en raison d'un manque d'élèves, ce qui aurait un effet défavorable sur le bien-être des élèves. Pour ce qui est du coût des services, « il n'est financièrement pas possible d'accorder à chaque groupe d'élèves appartenant à la minorité linguistique, si petit soit-il, les mêmes services que ceux donnés à un groupe important d'élèves visés par l'art. 23 »[95]. Les considérations d'ordre pédagogique seraient toutefois, et le plus souvent, le facteur décisif : « [...] le caractère réparateur de l'art. 23 laisse entendre que les considérations pédagogiques pèseront plus lourd que les exigences financières quand il s'agira de déterminer si le nombre d'élèves justifie la prestation des services concernés »[96]. Cela étant dit, le niveau approprié de services peut différer selon qu'il s'agisse de régions urbaines ou rurales[97].

Dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*, la Cour explique que la justification par le nombre requiert l'examen des deux facteurs énoncés dans l'arrêt *Mahe*, mais elle ajoute en ce qui a trait au premier facteur qu'« il est important de considérer la valeur de l'enseignement dans la langue de la minorité comme un élément de la détermination des services appropriés pour le nombre d'élèves »[98]. Pour ce faire, la Cour affirme que l'« on ne peut pas se servir des exigences pédagogiques établies pour répondre aux besoins des élèves de la majorité linguistique pour mettre en échec les considérations culturelles et linguistiques applicables aux élèves de la minorité linguistique »[99]. Ainsi, dans l'élaboration des besoins pédagogiques de la minorité linguistique, il faudra tenir compte de sa spécificité et de ses besoins particuliers.

Dans l'arrêt *Mahe*, la Cour suprême du Canada avait prévu un scénario dans lequel le nombre d'élèves serait d'un seul. À ce sujet, elle avait émise la réserve suivante :

> En règle générale, on ne peut exiger en vertu de l'art. 23 que des mesures soient prises dans des situations où le nombre d'élèves de la minorité linguistique est faible. On ne peut exiger grand-chose d'un gouvernement dans le cas par exemple d'un seul et unique élève de la minorité linguistique. L'article 23 requiert au minimum que "l'instruction" se fasse dans la langue de la minorité : si les élèves sont trop peu nombreux pour justifier un programme pouvant être qualifié

---

95 *Id.*, par. 80.
96 *Id.*
97 *Id.*, par. 82.
98 *Arsenault-Cameron*, *supra* note 20, par. 38.
99 *Id.*

> "d'instruction dans la langue de la minorité", l'art. 23 n'exige pas la création d'un programme de ce genre.[100]

Comme le soulignent certains auteurs, une telle interprétation n'est pas conforme avec le caractère réparateur de l'article 23[101]. Selon eux, il est possible, même dans le cas d'un seul enfant de le faire instruire dans la langue de la minorité en envisageant, entre autres, le transport scolaire, le séjour dans une pension et même l'utilisation des technologies de l'information. Le nombre ne devrait entrer en ligne de compte qu'au niveau « des considérations administratives et pratiques, mais il ne saurait conditionner l'existence même du droit garanti à l'article 23 »[102]. Certes, la création d'un programme scolaire pour un seul élève de la minorité linguistique officielle d'une province pourrait donner lieu à une situation particulière, mais cette situation est purement hypothétique. Dans chaque province, il existe plus d'un élève faisant partie de la minorité linguistique officielle.

V. Droit de gestion et de contrôle

1. Introduction

Parmi les exigences institutionnelles qui découlent de l'article 23, il faut tenir compte du rôle que les ayants droit ou leurs représentants jouent dans la gestion et le contrôle des services d'enseignement dans la langue de la minorité. En examinant cette question, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Mahe*, s'est reportée à la fois au libellé de l'article 23 et à son objet. La Cour a tenu à préciser que la gestion et le contrôle par les ayants droit ou leurs représentants étaient nécessaires parce que plusieurs questions de gestion en matière d'enseignement peuvent avoir des incidences sur la langue et la culture. À ce sujet, le juge Dickson affirme :

> Je tiens pour incontestable que la vigueur et la survie de la langue et de la culture de la minorité peuvent être touchées de façons subtiles, mais importantes par les décisions prises sur ces questions. Pour ne donner qu'un exemple, la plupart des décisions relatives aux

---

[100] *Mahe*, *supra* note 2, par. 43.

[101] Mark POWER et Pierre FOUCHER, « Les droits linguistiques en matière scolaire », dans Michel BASTARACHE (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 2e éd., Cowansville, Yvon Blais, p. 463.

[102] *Id.*, p. 464.

> programmes d'études influent visiblement sur la langue et la culture des élèves de la minorité.
>
> En outre, comme l'indique le contexte historique dans lequel l'article 23 a été adopté, les minorités linguistiques ne peuvent pas être toujours certaines que la majorité tiendra compte de toutes leurs préoccupations linguistiques et culturelles. Cette carence n'est pas nécessairement intentionnelle : on ne peut attendre de la majorité qu'elle comprenne et évalue les diverses façons dont les méthodes d'instruction peuvent influer sur la langue et la culture de la minorité.[103]

Dans *Arsenault-Cameron*, la Cour suprême du Canada a ajouté que l'article 23 est destiné, en partie, à protéger la minorité contre l'effet des mesures adoptées pour répondre aux besoins de la majorité[104]. Elle reconnaît ainsi que les parents de la minorité linguistique et leurs représentants sont les mieux placés pour identifier les besoins de cette communauté. En conséquence, un système d'instruction dans la langue de la minorité, pour répondre aux besoins des communautés minoritaires, impose aux provinces certains paramètres auxquels elles ne peuvent déroger si elles veulent respecter leurs obligations constitutionnelles.

L'alinéa 23(3)b) reconnaît le droit à l'instruction dans la langue de la minorité dans « des établissements d'enseignement de la minorité linguistique ». La Cour suprême du Canada estime que ce droit englobe nécessairement un droit de gestion et de contrôle. En effet, selon la Cour, si l'expression « établissements d'enseignement de la minorité linguistique » n'est pas considérée comme englobant un certain degré de gestion et de contrôle, son inclusion dans l'article 23 serait sans objet:

> Cette conclusion que dicte le bon sens milite contre une interprétation selon laquelle le mot « établissements » désigne des bâtiments. En fait, dès lors que l'on accepte la méthode du critère variable, il n'est plus nécessaire de trop centrer l'attention sur le mot « établissements ». Le texte de l'art. 23 justifie plutôt de considérer que l'ensemble de l'expression « établissements d'enseignement de la minorité linguistique » fixe un niveau supérieur de gestion et de contrôle.[105]

À la lecture de l'article 23, on remarquera que l'expression « gestion et contrôle » n'apparait nulle part. L'existence de ce droit découle plutôt de l'application des principes d'interprétation des lois bilingues par la

---

103 *Mahe*, *supra* note 2, par. 51 et 52.
104 *Arsenault-Cameron*, *supra* note 20, par. 38.
105 *Mahe*, *supra* note 2, par. 48.

Cour suprême du Canada. Le juge Dickson explique la source de ce droit dans les termes suivants :

> Je reconnais que le texte anglais de l'al. (3)b) est peut-être ambigu: l'expression « minority language educational facilities » pourrait signifier soit les établissements de la minorité, soit les établissements pour la minorité. Le texte français est toutefois plus clair. Notre Cour a dit à plusieurs reprises que lorsqu'une version de la Charte contient une ambiguïté, et que l'autre version est moins ambiguë, il faut alors retenir le sens de la version la moins ambiguë. La version française de l'al. 23(3)b) porte:
>
> > 23. ...
> >
> > (3) Le droit ...
> >
> > b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics. [soulignements de la Cour.]
>
> L'expression soulignée dans le texte français, qui emploie la préposition « de », indique plus clairement que le texte anglais que les établissements appartiennent à la minorité et que la minorité linguistique devrait donc avoir à l'égard des établissements d'enseignement une certaine mesure de gestion et de contrôle.[106]

Le droit de gestion et de contrôle de l'éducation dans la langue de la minorité découle donc de l'utilisation dans la version française du texte de la préposition « de », qui indique que les établissements où cette éducation est offerte appartiennent à la communauté minoritaire et doivent être gérés par celle-ci.

L'analyse que la Cour suprême du Canada fait de l'article 23 est appuyée par un examen de l'objet global de la disposition. L'article a comme objet de préserver et promouvoir la langue et la culture de la minorité partout au Canada. Il est donc essentiel que, dans chaque cas où le nombre le justifie, les parents appartenant à la minorité linguistique aient une certaine mesure de gestion et de contrôle à l'égard des établissements d'enseignement où leurs enfants se font instruire, considérant que plusieurs questions de gestion en matière d'enseignement (programmes d'études, embauches et dépenses) peuvent avoir des incidences sur les domaines

[106] *Id.*, par. 49 (soulignements dans l'original).

linguistique et culturel[107]. Ainsi, pour respecter l'objet et le caractère réparateur de l'article 23, « [i]l est extrêmement important que les parents de la minorité linguistique ou leurs représentants participent à la détermination des besoins en matière d'instruction et à l'établissement de structures et de services qui répondent le mieux possible à ces besoins »[108].

Le degré de gestion et de contrôle sera déterminé par le niveau de services d'enseignement justifié par le nombre d'élèves touchés[109] et par la situation particulière de la province[110]. Toutefois, lorsqu'une commission de la minorité linguistique a été établie en vue de respecter l'article 23, il lui revient, parce qu'elle représente la communauté de la minorité linguistique officielle, de décider ce qui est le plus approprié d'un point de vue culturel et linguistique. À ce niveau, le rôle du ministre de l'Éducation est de mettre en place des structures institutionnelles et des politiques et règlements qui répondent à la dynamique linguistique particulière de la province[111].

Ce contrôle sur l'instruction dans la langue de la minorité et sur les établissements où elle est dispensée comprend également certains pouvoirs exclusifs qui sont énumérés dans l'arrêt *Mahe*. Le niveau précis de gestion et de contrôle requis ne peut être décrit de manière exacte. Il n'est pas possible d'en donner les détails exhaustifs en raison de l'échelle variable des droits et de la nécessité d'adapter les modalités à la situation particulière de chaque province. Toutefois, selon la Cour suprême du Canada, la minorité linguistique devrait, au minimum, avoir le pouvoir exclusif de prendre des décisions concernant l'instruction dans sa langue et les établissements où celle-ci est dispensée. La Cour ajoute qu'elle devrait notamment avoir le pouvoir exclusif de prendre les décisions qui la concernent dans les domaines suivants :

a) les dépenses de fonds prévus pour l'instruction et les établissements de la minorité;

b) la nomination et la direction des personnes chargées de l'administration de cette instruction et de ces établissements;

c) l'établissement de programmes scolaires;

---

107 *Id.*, par. 51. Voir également : *Arsenault-Cameron*, *supra* note 20, par. 45 et 46.

108 *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques*, *supra* note 21, par. 45.

109 *Id.*, par. 34.

110 *Arsenault-Cameron*, *supra* note 20, par. 46.

111 *Id.*, par. 43.

d) le recrutement et l'affectation du personnel, notamment des professeurs;

e) la conclusion d'accords pour l'enseignement et les services dispensés aux élèves de la minorité linguistique[112].

Tous ces pouvoirs ont été jugés comme ayant un impact sur la langue et la culture de la minorité, mais selon certains auteurs, « compte tenu de l'importance d'un curriculum pédago-communautaire [...] aucun ne va plus au cœur de l'identité des communautés francophones et acadiennes que celui de l'établissement de programmes scolaires »[113].

Dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*, la Cour suprême du Canada ajoute à cette liste la détermination de l'opportunité d'ouvrir une nouvelle école dans une communauté, le choix de son emplacement[114] et le transport scolaire[115].

2. Le rôle du ministre de l'Éducation dans un régime de l'article 23

Dans un régime de l'article 23, le ministre de l'Éducation a un rôle particulier à jouer. La Cour suprême du Canada explique dans l'arrêt *Mahe* que « le gouvernement devrait disposer du pouvoir discrétionnaire le plus vaste possible dans le choix des moyens institutionnels dont il usera pour remplir ses obligations en vertu de l'art. 23 »[116]. Elle a également confirmé dans *Arsenault-Cameron* que le ministre conserve un pouvoir important, mais ajoute que ce pouvoir est assujetti à l'obligation imposée au gouvernement provincial « d'assurer la prestation de l'enseignement dans la langue de la minorité et le contrôle parental suivant l'échelle justifiée par le nombre pertinent d'enfants de la minorité »[117].

Les pouvoirs discrétionnaires des ministres de l'Éducation doivent donc être exercés conformément aux droits des minorités linguistiques en tenant compte de leurs besoins et de leurs priorités :

---

[112] *Mahe*, *supra* note 2, par. 61.

[113] Rodrigue LANDRY et Serge ROUSSELLE, *Éducation et droits collectifs : Au-delà de l'article 23 de la Charte*, Éditions de la Francophonie, Moncton, 2003, p. 147-48 [ci-après « LANDRY et ROUSSELLE »].

[114] *Arsenault-Cameron*, *supra* note 20, par. 55.

[115] *Id.*, par. 50.

[116] *Mahe*, *supra* note 2, par. 96.

[117] *Arsenault-Cameron*, *supra* note 20, par. 52.

> Lorsque le ministre exerce son pouvoir discrétionnaire pour refuser une proposition conformément au Règlement, ce pouvoir est restreint par le caractère réparateur de l'art. 23, les besoins particuliers de la communauté linguistique minoritaire et le droit exclusif des représentants de la minorité de gérer l'enseignement et les établissements d'enseignement de la minorité.[118]

Ainsi, la décision du ministre dans l'arrêt *Arsenault-Cameron* de ne pas accéder à la demande de la Commission de langue française de l'Île-du-Prince-Édouard pour l'établissement d'une école francophone à Summerside a été jugée inconstitutionnelle par la Cour suprême du Canada, car, selon elle, l'établissement d'une école relève du pouvoir exclusif de gestion de la minorité. Le pouvoir discrétionnaire du ministre se limitait à vérifier si la Commission avait remplie les exigences provinciales en matière de normes pédagogiques et financières. Le ministre est donc restreint dans l'exercice de ses pouvoirs par le caractère réparateur de l'article 23, les besoins particuliers de la communauté linguistique minoritaire et le droit exclusif de gestion qui lui est reconnu.

Il est également clair, malgré les importants pouvoirs de gestion et contrôle conférés aux ayants droit et à leurs représentants, que les provinces conservent leur responsabilité en matière d'éducation. Elles conservent, entre autres, le pouvoir d'établir des normes concernant les programmes, la taille des écoles, les établissements scolaires, le transport, les regroupements d'élèves, mais ces normes doivent respecter les droits constitutionnels des parents :

> La province a un intérêt légitime dans le contenu et les normes qualitatives des programmes d'enseignement pour les communautés de langues officielles, et elle peut imposer des programmes dans la mesure où ceux-ci n'affectent pas de façon négative les préoccupations linguistiques et culturelles légitimes de la minorité. La taille des écoles, les établissements, le transport et les regroupements d'élèves peuvent être réglementés, mais tous ces éléments influent sur la langue et la culture et doivent être réglementés en tenant compte de la situation particulière de la minorité et de l'objet de l'art. 23.[119]

Pour les gouvernements provinciaux, la règle devrait être d'éviter toutes dispositions ou structures qui portent atteinte, font obstacle ou ne répondent tout simplement pas aux besoins de la minorité[120], de respecter

---

[118] *Id.*, par. 44.
[119] *Id.*, par. 53.
[120] *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques*, *supra* note 21, par. 47.

les besoins pédagogiques des communautés minoritaires de langue officielle et le pouvoir exclusif de gestion de celles-ci sur tout ce qui concerne la langue et la culture de la minorité[121]. En conséquence, les provinces sont libres de modifier leurs systèmes scolaires, la forme des structures de gestion de l'instruction, les modalités de financement, les pouvoirs conférés aux institutions chargées de cette gestion, mais avec comme limite qu'elles ne peuvent, ce faisant, porter atteinte à la langue et à la culture de la minorité. La répartition des pouvoirs entre le ministère de l'Éducation et les conseils scolaires minoritaires doit tenir compte du fait que les décisions que prennent les conseils de la minorité linguistique introduisent presque toujours une dimension linguistique et culturelle.

En résumé, le ministre de l'Éducation a deux obligations précises dans un régime de l'article 23. Premièrement, il doit mesurer l'effet de ses décisions sur la communauté minoritaire, c'est-à-dire qu'il doit évaluer si sa décision va nuire à la pédagogie des enfants de la communauté et il doit également envisager l'impact plus large de ses décisions sur la communauté minoritaire elle-même. Deuxièmement, il doit reconnaître le rôle prépondérant des conseils scolaires minoritaires sur tout ce qui concerne la langue et la culture.

3. L'article 23 et la programmation scolaire

Nous venons de voir que la Cour suprême du Canada a déterminé que l'établissement de programmes scolaires doit relever exclusivement des représentants de la minorité linguistique, c'est-à-dire des différents conseils scolaires minoritaires[122]. Ce pouvoir est important, car :

> [...] les communautés [...] doivent non seulement gérer leurs établissements d'enseignement, mais également prendre en main leur mission éducative et un curriculum pédago-communautaire qui permettra, entre autres, de développer une pédagogie du milieu minoritaire par laquelle les jeunes actualiseront leur plein potentiel d'apprentissage, assumeront leur identité et apprendront à devenir des citoyens du monde et à participer pleinement à l'épanouissement de leur communauté.[123]

Une gestion exclusive de la programmation scolaire est essentielle, car elle permet à la communauté minoritaire « de profiter de cet outil

---

121 *Arsenault-Cameron*, *supra* note 20, par. 31 et 49.

122 *Mahe*, *supra* note 2, par. 61.

123 LANDRY et ROUSSELLE, *supra* note 113, p. 148.

fondamental pour l'épanouissement et pour l'identité de la communauté qui le développe selon ses besoins »[124]. Selon la Cour suprême du Canada, une telle compétence exclusive est nécessaire, car plusieurs questions en matière d'enseignement, dont celle des programmes d'études, « peuvent avoir des incidences sur les domaines linguistique et culturel »[125].

Par conséquent, puisque les droits conférés par l'article 23 doivent être interprétés de façon réparatrice, de manière à favoriser l'épanouissement et la préservation de la minorité linguistique francophone, il existe une obligation juridique d'établir des programmes scolaires qui relève du contrôle exclusif des ayants droit ou des conseils scolaires, qui agissent à titre de représentants. Toutefois, il est important de rappeler que tout en reconnaissant un droit étendu de gestion et de contrôle aux bénéficiaires de l'article 23, la Cour suprême du Canada a aussi précisé que les gouvernements provinciaux conservaient un rôle important dans la définition et l'élaboration de ces programmes. Pour autant qu'ils ne soient pas incompatibles avec les préoccupations linguistiques et culturelles de la minorité, les programmes définis et élaborés par le ministre peuvent être imposés sans violation de l'article 23[126].

Dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*, la Cour suprême du Canada concède que la province a un intérêt légitime dans le contenu et les normes qualitatives des programmes d'enseignement pour les communautés de langues officielles. La province peut par conséquent imposer des programmes, dans la mesure où ceux-ci ne portent pas atteinte de façon négative aux préoccupations linguistiques et culturelles légitimes de la minorité[127].

4. L'article 23 et l'accès à une éducation de qualité égale

Dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*, la Cour suprême du Canada précise que « [l]'article 23 repose sur la prémisse que l'égalité réelle exige que les minorités de langues officielles soient traitées différemment, si nécessaire, suivant leur situation et leurs besoins particuliers, afin de leur assurer un niveau d'éducation équivalent à celui de la majorité de langue

---

124 Id.

125 *Mahe*, *supra* note 2, par. 51.

126 *Id.*, par. 69.

127 *Arsenault-Cameron*, *supra* note 20, par. 53.

officielle »[128]. C'est d'ailleurs dans cet esprit que l'on doit comprendre l'extrait suivant de l'arrêt *Mahe* :

> À mon avis, les appelants ont parfaitement raison d'affirmer que [TRADUCTION] « l'histoire révèle que l'art. 23 était destiné à remédier, à l'échelle nationale, à l'érosion progressive des minorités parlant l'une ou l'autre langue officielle et à appliquer la notion de "partenaires égaux" des deux groupes linguistiques officiels dans le domaine de l'éducation ».[129]

L'article 23 a donc pour objet d'assurer un accès égal à un enseignement de qualité égale à celui dispensé à la majorité dans des circonstances qui favoriseront l'épanouissement et la préservation de la minorité de langue officielle. Pour réaliser cet objet, les communautés de langue officielle doivent pouvoir compter sur des services et des structures distincts ou, à tout le moins, équivalents à ceux de la majorité. Il est important que ces services et structures soient distincts, car pour s'épanouir la communauté minoritaire doit pouvoir compter sur des espaces francophones. Il est tout aussi primordial que l'accès aux services, la qualité de ceux-ci et les structures soient équivalents à ceux de la majorité. Le contraire irait à l'encontre du contenu et de l'objet du droit reconnu à l'article 23.

Le droit à un espace distinct a été reconnu dans l'arrêt *Mahe* lorsque la Cour a établi que les établissements d'enseignement doivent « appartenir » à la minorité linguistique et que celle-ci doit en avoir la gestion et le contrôle[130]. Dans le *Renvoi manitobain de 1993*, la Cour suprême du Canada pousse un peu plus loin ce principe en déclarant :

> [S]'il faut que les « établissements d'enseignement de la minorité », comme l'indique l'arrêt *Mahe*, « appartiennent » de façon significative aux parents visés à l'art. 23 au lieu d'être simplement « pour » les parents en question, il est raisonnable qu'ils exercent une certaine mesure de contrôle sur les locaux où l'instruction est offerte. Comme des locaux doivent avoir des limites précises pour être placés sous le contrôle du groupe linguistique minoritaire, il semblerait s'ensuivre un droit à des établissements dans des lieux physiques distincts. Comme l'a affirmé le juge Twaddle de la Cour d'appel (à la p. 112) :
>
> > [TRADUCTION] Pour être ceux « de la minorité », les établissements devraient être, dans la mesure du possible,

128 *Id.*, par. 31.
129 *Mahe*, *supra* note 2, par. 35.
130 *Id.*, par. 49.

> distincts par rapport à ceux dans lesquels l'instruction en anglais est offerte. Je ne mets pas en doute l'importance du milieu dans le domaine de l'éducation. Les élèves de langue française devraient vivre en français dans la cour de recréation, à l'occasion des activités hors-programme ainsi que dans la classe. Le français devrait être la langue utilisée dans le cadre de l'administration et du fonctionnement de l'établissement, y compris l'affichage.
>
> Cette conclusion est également compatible avec la reconnaissance du fait que les écoles de la minorité jouent un rôle utile à la fois comme centres culturels et comme établissements d'enseignement. Bien que notre Cour, dans l'arrêt *Mahe*, n'ait pas explicitement parlé de lieux physiques distincts dans son examen des écoles comme centres culturels, il semble raisonnable de déduire qu'il faut un certain degré de démarcation dans les lieux physiques pour que ces écoles s'acquittent bien de ce rôle. À mon avis, l'ensemble des objectifs de l'art. 23 énoncés dans l'arrêt *Mahé* appuient cette conclusion.[131]

Dans *Mahe* la Cour est d'avis qu'il « [...] convient de remarquer en outre que les écoles de la minorité servent elles-mêmes de centres communautaires qui peuvent favoriser l'épanouissement de la culture de la minorité linguistique et assurer sa préservation. Ce sont des lieux de rencontre dont les membres de la minorité ont besoin, des locaux où ils peuvent donner expression à leur culture. »[132] De plus, dans *Arsenault-Cameron*, la Cour parle de l'école comme « l'institution la plus importante pour la survie de la minorité linguistique officielle»[133]. Il est donc facile de conclure que l'enseignement en français doit s'offrir dans des structures réellement distinctes de celle de la majorité.

La minorité a également droit à un accès à des services et des établissements de qualité. L'absence de services ou encore des établissements d'enseignement de piètre qualité pourrait avoir pour effet de détourner les membres de la minorité de ces établissements et de les diriger vers les établissements d'enseignement de la majorité. Ainsi, les ayants droit et leurs représentants ont le droit d'exiger des services et des établissements d'éducation adéquats pour leurs enfants. Ils n'ont pas à se contenter de locaux inadéquats ou de services incomplets.

---

131 *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques*, *supra* note 21, par. 224 et 225.

132 *Mahe*, *supra* note 2, par. 33.

133 *Arsenault-Cameron*, *supra* note 20, par. 27.

Dans l'arrêt *Doucet-Boudreau*, par exemple, la Cour suprême du Canada a reconnu que l'histoire de l'instruction en français en Nouvelle-Écosse est décevante. Elle ajoute que dans les cinq districts scolaires qui étaient en cause dans cette affaire, la promesse contenue à l'article 23 n'était toujours pas réalisée malgré les pressions répétées des parents[134]. Selon la majorité de la Cour, ces retards dans la mise en œuvre de l'article s'expliquent par le défaut du gouvernement néo-écossais d'accorder à ces droits la priorité qui leur revient en matière de politique d'enseignement. Pour expliquer les délais, le gouvernement a mentionné l'absence de consensus dans la collectivité et le manque de fonds. Aucun de ces motifs ne justifie, selon la majorité de la Cour, le défaut du gouvernement de s'acquitter des obligations que lui impose l'article 23. La même conclusion peut s'appliquer dans les autres provinces où les gouvernements adoptent souvent la même attitude à l'égard des droits reconnus à l'article 23. Les gouvernements ont souvent traité les demandes des ayants droit pour des établissements ou programmes sur un même pied que les demandes de la majorité, sans s'attarder à l'objet véritable de l'article 23 et au rôle des écoles homogènes dans la préservation et l'épanouissement de la langue et de la culture française.

En ce qui a trait au droit à des « établissements d'enseignement de la minorité » reconnu à l'alinéa 23(3)b) de la Charte, certaines décisions ontariennes méritent notre attention. Dans l'affaire *Marchand*[135], par exemple, le tribunal a eu à se prononcer sur les difficultés auxquelles étaient confrontés les parents dans leurs efforts pour obtenir l'accès à un établissement d'enseignement de langue française qui soit convenable et équipé de manière à fournir un programme d'enseignement équivalant à celui des écoles secondaires de langue anglaise de la même région. Le conseil scolaire qui exerçait, à l'époque, sa compétence sur le secteur en question avait constamment refusé de consentir aux demandes de la minorité linguistique.

Cette affaire a fait ressortir les difficultés rencontrées lorsque les conseils scolaires de la majorité linguistique exercent un pouvoir sur l'instruction dans la langue de la minorité. Le tribunal s'est cependant prononcé sur la question de la qualité de l'éducation offerte aux francophones et sur ce point, la position du tribunal était non équivoque : les

---

[134] *Doucet-Boudreau, supra* note 21, par. 38.

[135] *Marchand c. Simcoe County Board of Education* (1986), 55 R.J.O. (2d) 638, [1986] O.J. No. 2307 (H.J.C. Ont.).

demandeurs ont le droit à une qualité d'éducation en français équivalente à celle offerte aux enfants de la majorité [136].

Dans l'arrêt *Conseil des écoles séparées catholiques romaines de Dufferin et Peel c. Ontario (Ministre de l'Éducation et de la Formation)*[137], le demandeur était le Conseil, qui gérait, à l'époque, la seule école de langue française située entre Toronto et Hamilton, située dans des locaux temporaires depuis 1989. Après de longs retards, des fonds avaient enfin été alloués pour la construction de nouvelles installations permanentes. Toutefois, aucun contrat n'avait été officiellement signé lorsque le gouvernement de l'Ontario a annoncé le blocage général de toutes les dépenses en immobilisation touchant les écoles de la province. Le Conseil a présenté au tribunal une requête lui demandant de rendre un jugement déclaratoire voulant que, par son refus de débloquer les fonds nécessaires à la construction de l'école, le gouvernement violait les droits constitutionnels garantis par l'article 23 de la *Charte canadienne*.

Le juge au procès a reconnu les difficultés auxquelles était confronté le gouvernement en ce qui concernait le contrôle des dépenses publiques. Il a aussi reconnu le droit légitime d'un gouvernement de faire l'examen de tous les services publics de façon à établir ses priorités par rapport à ses compressions budgétaires. Le moratoire sur les dépenses qui avait été annoncé s'inscrivait sans contredit dans l'ensemble de la planification fiscale du gouvernement et reposait sur les principes énoncés dans son exposé économique et financier. Toutefois, le juge a souligné que la détermination de la politique gouvernementale générale ne devait pas passer outre aux droits particuliers énoncés dans la Constitution, dont ceux énoncés à l'article 23[138].

Considérant que l'école en question était établie dans des installations temporaires inadéquates et qu'il était admis que la qualité de l'instruction dans la langue de la minorité n'équivalait pas à celle qu'offraient les écoles secondaires de langue anglaise de la même région, le juge a conclu qu'un

---

[136] *Id.*, p. 660 : « This is to be a full and complete education not a limited, partial or truncated one, which necessarily would be an inferior education, a second class one ».

[137] (1996), 30 O.R. (3d) 681, [1996] O.J. No. 2476 (Div. Gén. Ont.) [ci-après « *Conseil des écoles séparées* »].

[138] *Id.*, p. 684 (nos soulignements):

> A democratically elected government may in most cases and quite properly determine what in its view are "the services we value most". If it is wrong in that determination it answers at the ballot box. In a climate of job loss, welfare cuts and general reduction of government services it is not difficult to imagine that a capital expenditure of over $10 million for an improved French language secondary school might not qualify as a service that "we value most", supposing that the "we" referred to therein is the non-Francophone majority. It is to avoid such a result that we have constitutionally protected rights.

autre retard dans l'allocation de fonds à la construction de l'école porterait atteinte à l'article 23 de la Charte. Il a donc déclaré que le projet de construction en question était soustrait au moratoire imposé par le ministre de l'Éducation et ordonné que le ministère délivre, conformément à son processus de subvention d'immobilisation, une autorisation définitive à l'égard des coûts en immobilisation qui devaient être engagés dans la construction de l'école. En rejetant l'appel interjeté par le gouvernement, la Cour d'appel de l'Ontario a fait remarquer que le ministre s'exposait à un préjudice uniquement financier, ce qui ne saurait justifier une violation de l'article 23. Selon la Cour d'appel, rien ne démontrait que les fonds exigés pour la mise en œuvre de l'article 23 ne pouvaient pas être trouvés dans le budget des autres ministères[139].

5. L'article 23 et le financement

Pour exercer le pouvoir de gestion que leur confère l'article 23, les parents ayants droit ou leurs représentants doivent pouvoir compter sur des ressources humaines, financières et institutionnelles adéquates. Dans l'arrêt *Mahe*, la Cour suprême du Canada explique que l'article 23 est un droit particulier, en ce sens qu'il est le seul droit dont l'exercice est assujetti à des contraintes de coûts. Toutefois la Cour ajoute qu'étant donné le caractère réparateur de l'article, les considérations pédagogiques pèseront plus lourd que les exigences financières lorsque viendra le temps de déterminer si le nombre d'élèves justifie la prestation des services concernés[140].

Une autre caractéristique de l'article 23 est qu'il fait mention des « établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics », sans indiquer si ces « fonds publics » doivent être uniquement provinciaux ou s'ils peuvent également provenir du gouvernement fédéral. Bien que l'éducation soit un domaine de compétence provinciale et que la responsabilité financière pour ces écoles soit de la responsabilité des provinces, rien dans la Constitution n'empêche le fédéral d'exercer son pouvoir de dépenser pour financer les écoles de la minorité, pourvu qu'il ne cherche pas, ce faisant, à réglementer le secteur de l'éducation[141].

---

[139] *Id.*, confirmé dans *Conseil des écoles séparées catholiques romaines de Dufferin et Peel c. Ontario (Ministre de l'Éducation et de la Formation)* (1996), 30 O.R. (3d) 686, [1996] O.J. No. 2564 (C.A. Ont.).

[140] *Mahe*, *supra* note 2, par. 80.

[141] Pierre FOUCHER, « Éducation, langues d'instruction et droit constitutionnel », dans Stéphane BEAULAC et Jean-François GAUDREAULT-DESBIENS (dir.), *Droit constitutionnel — JurisClasseur Québec, coll. « Droit public »*, feuilles mobiles, Montréal, LexisNexis Canada, 2011,

Il appartient aux provinces de décider de l'affectation de leurs ressources financières au fonctionnement des écoles. Il est également évident qu'un financement insuffisant peut avoir une incidence sur la qualité de l'instruction dans la langue de la minorité et entraîner une réduction importante du nombre d'inscriptions contrecarrant ainsi l'objet de l'article 23. Par conséquent, la Cour suprême du Canada a statué que les fonds affectés aux écoles de la minorité linguistique doivent être équivalents, en proportion du nombre d'élèves, aux fonds affectés aux écoles de la majorité. Toutefois, elle ajoute que dans des circonstances particulières, les écoles de la minorité linguistique pourraient être justifiées de recevoir un montant supérieur, par élève, à celui versé aux écoles de la majorité[142]. Cette affectation équivalente ou supérieur des fonds est une application au domaine de l'instruction dans la langue de la minorité du concept de l'égalité réelle reconnu dans l'affaire *Beaulac* comme étant le concept d'égalité qui doit régner en matière de droits linguistiques au Canada.

VI. Les redressements pour les violations de l'article 23

En règle générale, le Canada peut être fier d'avoir une tradition de respect des décisions judiciaires. La Cour suprême du Canada souligne dans l'arrêt *Doucet-Boudreau* que cette tradition prend une dimension particulière dans le contexte du droit constitutionnel, où les tribunaux doivent veiller à ce que l'action du gouvernement soit conforme aux normes constitutionnelles, tout en ne perdant pas de vue la séparation des pouvoirs entre l'exécutif, le législatif et le judiciaire.

> Autrement dit, lorsqu'ils accordent des réparations constitutionnelles, les tribunaux doivent être conscients de leur rôle d'arbitre judiciaire et s'abstenir d'usurper les fonctions des autres branches du gouvernement en s'arrogeant des tâches pour lesquelles d'autres personnes ou organismes sont mieux qualifiés.[143]

Des conclusions semblables ont été tirées dans d'autres décisions, comme dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, où la Cour suprême du Canada a déclaré :

---

fasc. 13. Voir également : Mark POWER *et al.*, « Le soutien financier accordé par le ministère de Patrimoine canadien pour l'enseignement dans la langue de la minorité : constats et proposition de réforme », (2012) 12 *R.C.L.F.* 163. Toutefois, nous pouvons nous demander si le paragraphe 41(2) de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, c. 31 (4e supp.), ne vient pas imposer une limite au pouvoir fédéral de dépenser dans un domaine de compétence provinciale comme l'éducation.

[142] *Mahe*, *supra* note 2, par. 63.

[143] *Doucet-Boudreau*, *supra* note 21, par. 34.

> Les tribunaux n'ont pas, pour accomplir leurs fonctions, à se substituer après coup aux législatures ou aux gouvernements; ils ne doivent pas passer de jugement de valeur sur ce qu'ils considèrent comme les politiques à adopter; cette tâche appartient aux autres organes de gouvernement. Il incombe plutôt aux tribunaux de faire respecter la Constitution, et c'est la Constitution elle-même qui leur confère expressément ce rôle. Toutefois, il est tout aussi important, pour les tribunaux, de respecter eux-mêmes les fonctions du pouvoir législatif et de l'exécutif que de veiller au respect, par ces pouvoirs, de leur rôle respectif et de celui des tribunaux.[144]

Ou encore, comme l'a dit la juge en chef McLachlin dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)* :

> Le Parlement a son rôle : choisir la réponse qui convient aux problèmes sociaux dans les limites prévues par la Constitution. Cependant, les tribunaux ont aussi un rôle : déterminer de façon objective et impartiale si le choix du Parlement s'inscrit dans les limites prévues par la Constitution. Les tribunaux n'ont pas plus le droit que le Parlement d'abdiquer leur responsabilité.[145]

Finalement, notons les sages paroles de la Cour dans *Doucet-Boudreau* qui nous rappelle un proverbe bien connu[146] : « la déférence s'arrête là ou commence les droits constitutionnels que les tribunaux sont chargés de protéger »[147].

Le redressement déclaratoire est souvent la solution préférée par les tribunaux canadiens dans le cas d'une violation de l'article 23. En rendant un jugement déclaratoire, le tribunal se prononce sur la question de la violation d'une obligation constitutionnelle, mais sans rendre une ordonnance exécutoire. En choisissant le jugement déclaratoire comme réparation pour la violation d'une obligation constitutionnelle, le tribunal tient pour acquis que le gouvernement se conformera « rapidement et pleinement » au jugement rendu[148]. Toutefois, le jugement déclaratoire n'est pas toujours le redressement le plus convenable :

---

[144] *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 136, [1998] A.C.S. no 29 (C.S.C.).

[145] *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 136, [1995] A.C.S. no 68 (C.S.C.).

[146] À la lecture de cette phrase, on ne peut s'empêcher de penser que le juge a été influencé par le proverbe « la liberté des uns s'arrête là où commence celle des autres ».

[147] *Doucet-Boudreau*, *supra* note 21, par. 36.

[148] Mark POWER et André BRAËN, « Les recours en matière de droits linguistiques », dans Michel BASTARACHE (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 2e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2004, p. 612.

> Après l'arrêt *Mahe*, les litiges visant à défendre les droits à l'instruction dans la langue de la minorité sont entrés dans une nouvelle phase. Dans bien des cas, le contenu général de l'art. 23 est désormais établi en grande partie...En l'espèce, par exemple, les parties ont reconnu, au départ, que le gouvernement avait clairement l'obligation de fournir les établissements francophones homogènes en cause. Les parents visés ont demandé aux tribunaux d'assurer rapidement et pleinement la défense de leurs droits après de longues années d'inertie gouvernementale.[149]

Dans bien des cas, le jugement déclaratoire risque d'être inefficace du fait que les provinces ne donnent pas la priorité voulue aux droits que l'article 23 garantit à sa minorité linguistique, alors qu'elles sont parfaitement conscientes de l'existence de ces droits. Comme l'explique la Cour suprême du Canada :

> Des parents comme les appelants ne devraient pas avoir à solliciter continuellement des jugements déclaratoires réitérant, pour l'essentiel, celui rendu dans l'arrêt *Mahe*. La présomption qui favorise le choix du jugement déclaratoire peut être minée lorsque les gouvernements ne s'acquittent pas des obligations – qui leur incombent en vertu de la Constitution et qu'ils saisissent bien – de prendre des mesures concrètes pour assurer le respect des droits garantis par l'art. 23.[150]

Ces différents extraits nous font prendre conscience de la discrétion que possèdent les gouvernements provinciaux dans la mise en œuvre de l'article 23. Or, une chose est toutefois claire, l'inaction et les atermoiements ne sont pas des solutions de rechange et, dans ces circonstances, les tribunaux ont le pouvoir d'intervenir plus activement que ce que permet le jugement déclaratoire.

L'arrêt *Doucet-Boudreau* en est un bon exemple. Dans cette affaire, des parents francophones provenant de différentes régions de la Nouvelle-Écosse, ainsi que la Fédération des parents acadiens de la Nouvelle-Écosse, avaient intenté une poursuite contre le gouvernement provincial et contre le Conseil scolaire acadien provincial afin de faire respecter leurs droits en vertu de l'article 23 de la *Charte canadienne*. Depuis un certain temps, ces parents ayants droit réclamaient des écoles secondaires francophones homogènes en plus des écoles primaires existantes. Le gouvernement et la commission scolaire n'ont jamais contesté que le nombre d'élèves justifiait ce service. Toutefois, malgré l'annonce faite en ce sens par le gouvernement provincial, la mise en chantier des nouvelles

---

149 *Doucet-Boudreau*, *supra* note 21, par. 63.

150 *Id.*, par. 66.

écoles francophones promises n'a jamais eu lieu. Conséquemment, en 1998, les demandeurs ont demandé aux tribunaux de la Nouvelle-Écosse de délivrer une ordonnance enjoignant la province et la commission scolaire de fournir sur les fonds publics, des programmes et des écoles homogènes de langue française au niveau secondaire.

Après avoir entendu la demande en octobre 1999, le juge LeBlanc de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a rendu un jugement déclarant que les parents jouissaient des droits garantis à l'article 23 de la *Charte canadienne* et que le nombre d'élèves justifiait le fait de fournir des établissements d'enseignement secondaire francophones homogènes[151]. Il a toutefois indiqué que ce qui était véritablement en cause dans cette affaire était, non pas l'existence et le contenu des droits que l'article 23 garantit, mais plutôt la date à laquelle les ayants droit pourraient finalement bénéficier des programmes et des écoles. Dans son jugement, le juge LeBlanc a estimé que la province n'a pas attaché assez d'importance à l'inquiétant taux d'assimilation des Acadiens de la Nouvelle-Écosse. Il ajoute que la province a considéré que les droits garantis à l'article 23 n'étaient rien de plus qu'une autre demande de programmes éducatifs et d'établissements d'enseignement, et elle ne leur a pas accordé la priorité qui leur est due, en vertu des droits conférés par la Constitution. Le juge a affirmé qu'il était plus que temps que des installations et programmes homogènes soient fournis aux étudiants[152].

Après avoir examiné l'ensemble de la situation, le juge a ordonné à la province de construire des écoles et d'offrir des programmes dans des délais plus ou moins précis et de faire de leur mieux (« best efforts ») pour se conformer à son ordonnance[153]. Enfin, il s'est déclaré compétent pour entendre les comptes rendus de la province et des défendeurs sur son respect de l'ordonnance[154]. Le juge LeBlanc a présidé plusieurs de ces « auditions de comptes rendus » entre le 27 juillet 2000 et le 23 mars 2001. Avant chacune des auditions, il a exigé le dépôt par la province d'un affidavit dans lequel le fonctionnaire compétent du ministère de l'Éducation exposait les progrès réalisés en matière de respect de la décision du tribunal. Le juge a ensuite permis aux demandeurs de présenter

[151] *Doucet-Boudreau c. Nova Scotia (Department of Education)* (2000), 185 N.S.R. (2d) 246, [2000] N.S.J. No. 191 (N.S.S.C.).

[152] *Id.*, par. 206.

[153] *Id.*, par. 192.

[154] *Id.*, par. 245.

des éléments de preuve et de contre-preuve sur diverses questions concernant le respect de l'ordonnance[155].

La province de la Nouvelle-Écosse a interjeté appel contre la partie de l'ordonnance du juge LeBlanc dans laquelle il se déclare compétent pour entendre des comptes rendus. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans un jugement majoritaire a accueilli l'appel[156]. Le juge Flinn souligne, au nom des juges majoritaires, que l'appel ne porte ni sur le jugement déclaratoire concernant les droits des parents, ni sur l'ordonnance enjoignant de fournir des programmes et des établissements[157]. Il porte uniquement sur la déclaration par le juge LeBlanc selon laquelle il a compétence pour entendre des comptes rendus. La majorité de la Cour d'appel statue que le juge de première instance ne peut rester saisi de l'affaire après avoir tranché la question en litige entre les parties puisqu'il est *functus officio*, c'est-à-dire que le procès étant terminé, le juge a perdu sa juridiction[158].

Devant la Cour suprême du Canada, la question principale en litige était simplement de savoir si, après avoir conclu à la violation de l'article 23 de la Charte et après avoir ordonné à la province de faire de son mieux pour fournir des établissements et des programmes d'enseignement homogènes de langue française dans des délais déterminés, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse avait le pouvoir de se déclarer compétente pour entendre les comptes rendus de la province sur les efforts qu'elle a déployés pour mettre à exécution la réparation fondée sur le paragraphe 24(1) de la *Charte*.

Dans une décision partagée (5 contre 4), la majorité de la Cour a donné raison au juge LeBlanc. Dans sa décision, la majorité précise que, selon le principe d'interprétation téléologique, les dispositions réparatrices doivent être interprétées de manière à assurer « une réparation complète, efficace et utile à l'égard des violations de la *Charte* [...] puisqu'un droit, aussi étendu soit-il en théorie, est aussi efficace que la réparation prévue en cas de violation, sans plus »[159]. La majorité ajoute que l'interprétation téléologique dans le contexte de la Charte

---

155 *Doucet-Boudreau*, *supra* note 21, par. 8.

156 *Doucet-Boudreau c. Nova Scotia (Department of Education)* (2001), 194 N.S.R. (2d) 323, 2001 NSCA 104, [2001] N.S.J. No. 240 (N.S.C.A.).

157 *Id.*, par. 6.

158 *Black's Law Dictionary*, 9e éd. St. Paul, West Group, 2009, offre la définition suivante de ce concept; « Functus officio [Latin « having performed his or her office] (of an officer or official body) without further authority or legal competence because the duties and functions of the original commission have been fully accomplished ».

159 *Doucet-Boudreau*, *supra* note 21, par. 19-20.

canadienne actualise l'ancienne maxime latine « *ubi jus, ubi remedium* » (là où il y a un droit, il y a un recours)[160]. Cette interprétation comporte également, selon la Cour, deux exigences. La première vise à favoriser la réalisation de l'objet du droit garanti – les tribunaux sont tenus d'accorder des réparations adaptées à la situation. La deuxième exigence favorise la réalisation de l'objet des dispositions réparatrices – les tribunaux sont tenus d'accorder des réparations efficaces[161].

Après avoir procédé à une analyse de l'article 23 et examiné le contexte plus général de la réparation judiciaire, la Cour suprême du Canada poursuit en examinant le rôle que les tribunaux jouent en matière d'application des lois. Elle souligne que le principe de la primauté du droit est une caractéristique importante de notre démocratie. Toutefois, pour que ce principe ait plein effet, il est essentiel qu'il soit assorti de mécanismes propres à en assurer le respect. À cet égard, les tribunaux jouent un rôle essentiel. Ils sont l'institution centrale à qui il revient de résoudre les différends juridiques en rendant des jugements et des décisions[162].

La Cour poursuit en indiquant que l'histoire de l'instruction en français en Nouvelle-Écosse est décevante. Elle ajoute que dans les cinq districts scolaires en cause en l'espèce, la promesse contenue à l'article 23 n'est toujours pas réalisée, malgré les pressions répétées des parents[163]. Selon la majorité de la Cour, ces atermoiements s'expliquent par le défaut du gouvernement d'accorder aux droits protégés par l'article 23 la priorité qui leur revient en matière de politique d'enseignement. Pour expliquer les délais dans la mise en œuvre de ces droits, le gouvernement a mentionné l'absence de consensus dans la collectivité et le manque de fonds. Aucun de ces motifs ne justifie, selon la majorité de la Cour, le défaut du gouvernement de s'acquitter des obligations que lui impose l'article 23. La Cour indique également que le gouvernement a traité les écoles requises en vertu de l'article 23 de la même manière que les autres établissements ou programmes en général, sans s'attarder à l'objet de cet article et au rôle des écoles homogènes en ce qui concerne la préservation et l'épanouissement de la langue et de la culture française. Pendant ce temps, l'assimilation de la communauté minoritaire se poursuit[164].

---

160 *Id.*, par. 25.
161 *Id.*, par. 25.
162 *Id.*, par. 31.
163 *Id.*, par. 38.
164 *Id.*, par. 39.

Selon la majorité de la Cour, c'est dans ce contexte urgent d'érosion culturelle que le juge LeBlanc a conçu la réparation en cause. En ordonnant au gouvernement de faire de son mieux pour fournir des établissements dans des délais déterminés et en se déclarant compétent pour entendre les comptes rendus sur les efforts déployés, « le juge a tenu compte de la nécessité d'une exécution diligente, des limites du rôle des tribunaux et de l'opportunité de laisser au gouvernement une certaine latitude dans la façon de remplir les obligations que lui impose la Constitution »[165]. Sans les auditions de comptes rendus ordonnées par le juge, les parents auraient été forcés, à chaque nouveau retard, de revenir devant le tribunal. Il aurait fallu entamer de nouvelles procédures susceptibles d'être instruites par un juge ayant une moins bonne connaissance de l'affaire que le juge LeBlanc, exigeant du temps et des ressources aux parents qui ont, selon la Cour suprême du Canada, déjà consacré beaucoup d'énergie à la réalisation de leurs droits[166].

Dans ces circonstances, l'ordonnance enjoignant de rendre compte assurait la défense des droits des parents visés sans être inéquitable pour le gouvernement provincial. La majorité de la Cour suprême du Canada constate qu'il aurait été souhaitable que le juge éclaire davantage les parties sur ce qu'elles pouvaient attendre des auditions de comptes rendus, mais ce manquement ne rend pas pour autant l'ordonnance vague et incompréhensible[167]. Le juge aurait pu également être plus précis dans sa déclaration initiale de compétence, afin de permettre aux parties de bien saisir la procédure qui serait suivie pendant les auditions de comptes rendus. À l'avenir, les ordonnances de cette nature devront être plus précises et détaillées en ce qui concerne la déclaration de compétence et la procédure applicable lors des auditions de comptes rendus[168]. Les juges devront dorénavant veiller à ce que leurs ordonnances en ce sens soient plus claires. En plus d'une ordonnance enjoignant au gouvernement de rendre compte, le magistrat pourrait ainsi juger opportun d'établir un échéancier assorti du droit pour le gouvernement de demander des modifications lorsqu'il serait juste et convenable de le faire[169]. Finalement, la majorité de la Cour conclut que la réparation conçue par le juge LeBlanc

[165] *Id.*, par. 40.
[166] *Id.*, par. 61.
[167] *Id.*, par. 83.
[168] *Id.*, par. 84.
[169] *Id.*, par. 85.

défendait utilement les droits des parents en encourageant la province à construire promptement des écoles.

En ce qui concerne la constitutionnalité d'une injonction accordée contre un gouvernement en vertu du paragraphe 24(1) de la *Charte*, la majorité de la Cour avait ceci à dire :

> Le pouvoir des tribunaux d'accorder des injonctions contre le pouvoir exécutif est au cœur de ce paragraphe qui envisage plus que de simples déclarations de droits. Les tribunaux prennent des mesures pour que les droits soient respectés et non simplement déclarés.[170]

La Cour suprême du Canada n'exclut donc pas que, dans certaines circonstances, il puisse être convenable pour un tribunal de prendre des mesures plus actives pour assurer que le droit soit respecté. Avant l'arrêt *Doucet-Boudreau*, certaines décisions avaient accordé des réparations qui s'éloignaient du modèle traditionnel du jugement déclaratoire. Par exemple, dans l'affaire *Marchand c. Simcoe County Board of Education*[171], la Cour a ordonné à un conseil scolaire de la majorité de fournir le financement et les locaux nécessaires pour assurer un enseignement de qualité équivalente dans la langue de la minorité. Dans une autre affaire, *Lavoie c. Nova Scotia (Attorney General)*[172], la Cour a ordonné à la province d'élaborer un programme d'enseignement dans la langue de la minorité et elle a également ordonné que le conseil scolaire de la majorité fournisse à la minorité un établissement scolaire distinct où l'enseignement serait offert en français. Nous avons finalement déjà fait référence à la décision *Conseil des écoles séparées catholiques romaines de Dufferin et Peel*[173], dans laquelle la Cour a ordonné au gouvernement de donner suite au projet de construction d'une nouvelle école secondaire de la minorité linguistique, malgré un moratoire imposé par le gouvernement sur toutes nouvelles dépenses[174].

---

170 *Id.*, par. 70.

171 [1986] O.J. No. 714 (H.C.J. Ont.).

172 (1988), 84 N.S.R. (2d) 387, [1988] N.S.J. No. 102 (N.S.T.D.).

173 *Conseil des écoles séparées*, *supra* note 137.

174 Pour des redressements innovateurs voir également : *Conseil scolaire fransaskois de Zénon Park c. Saskatachewan* (1998), 172 Sask. R. 257, [1998] S.J. No. 552 (Sask. C.A.), infirmant en partie (1998), 170 Sask. R. 103, [1998] S.J. No. 494 (Sask. Q.B.); *Assn. des parents francophones de la Colombie-Britannique c. British Columbia* (1998), 61 B.C.L.R. (3d) 165, [1998] B.C.J. No. 2727 (B.C.C.A.); *Commission scolaire francophone du Yukon*, *supra* note 63.

VII. Conclusion

L'adoption de l'article 23 est venue imposer une nouvelle limite sur les compétences provinciales en matière d'éducation. Il est manifeste que l'adoption de cette disposition a eu une incidence beaucoup plus importante dans les ressorts où la langue minoritaire est le français, puisque la communauté anglophone du Québec bénéficiait depuis de nombreuses années de ses propres institutions d'enseignement. D'ailleurs, l'analyse qui précède montre les différences marquantes qui existent entre le développement du droit à l'éducation dans la langue de la minorité dans les provinces à majorité anglophone et son développement au Québec. Alors que dans le premier cas, les demandes sont surtout centrées sur le droit à des établissements scolaires et le droit à la gestion de ceux-ci, au Québec les demandes concernent surtout la possibilité pour la majorité et les immigrants d'avoir accès aux écoles de la minorité.

L'article 23 a également cette caractéristique importante qu'il est un droit qui s'est construit presque exclusivement par des décisions judiciaires. En effet, après avoir adopté la disposition, la plupart des gouvernements provinciaux ont omis de prendre les mesures nécessaires pour en assurer la mise en œuvre. Les parents ayants droit n'ont alors eu d'autres choix que de se tourner vers les tribunaux. Cela explique les nombreuses décisions qui sont venues interpréter et développer les droits à l'éducation dans la langue de la minorité. Malgré ces décisions, il existe encore plusieurs questions non répondues et nous pouvons anticiper qu'il y aura encore, dans les années à venir, plusieurs décisions des tribunaux portant sur cette disposition.