

ARTICLE

**L'IMPACT DU FÉDÉRALISME
SUR LES DROITS SCOLAIRES DES MINORITÉS
ou vice-versa**

Pierre Foucher
*Professeur titulaire
Faculté de droit, Université de Moncton*

I - INTRODUCTION

La Cour suprême du Canada nous rappelle régulièrement que les droits linguistiques ne recevront peut-être pas une application uniforme dans chacune des provinces. Le présent texte entend explorer les conséquences d'une telle position pour le développement et l'épanouissement des communautés linguistiques minoritaires, qui font l'objet de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et liberté*¹.

Dans un premier temps, nous rappelons les raisons ayant conduit les Pères de la Confédération à confier aux provinces la responsabilité et la compétence législative en matière d'éducation. Nous emprunterons beaucoup à la jurisprudence portant sur les anciennes garanties des droits confessionnels en éducation. Nous rappelons ensuite les objets de l'article 23. Nous examinons l'analogie que cherche à faire la Cour entre les articles 93 et 23 et les éventuelles différences. Nous explorons ensuite le contenu minimal possible de l'article 23, et aussi la symétrie et l'asymétrie qui apparaissent dans son application. Le but de ce texte est de montrer que l'article 23 doit

¹ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [*Charte canadienne*].

recevoir un contenu minimal uniforme applicable dans chaque province.

A - L'Éducation, compétence provinciale : conséquence pour les minorités linguistiques

Lors des discussions constitutionnelles ayant présidé à la naissance de la fédération, il semble bien que l'éducation ait rapidement été considérée comme une question devant relever des futures provinces. Le professeur Carignan mentionne qu'il fut brièvement question de confier au nouveau parlement fédéral une compétence en matière d'éducation post-secondaire et d'uniformisation des lois scolaires :

Sur le sujet de l'éducation, les diverses sources laissent entrevoir un consensus à Charlottetown pour en attribuer la compétence principalement aux provinces. En la matière, on aurait cependant envisagé des restrictions à la compétence provinciale, s'il faut en croire les échos faits à des suggestions relatives à un mécanisme visant à assurer la protection des minorités, ainsi qu'à une compétence fédérale en vue d'uniformiser la législation et de réglementer l'enseignement universitaire².

Selon cet auteur, l'octroi de la compétence en matière d'éducation aux provinces semblait aller de soi aux constituants de l'époque. Dans chacune des quatre colonies qui allaient devenir les provinces fondatrices, l'éducation restait largement sous contrôle local et les systèmes scolaires n'avaient certes pas l'ampleur et l'importance qu'ils ont aujourd'hui. Les visions catholique et protestante sur ce point s'opposaient vigoureusement, les premiers réclamant le droit

² Pierre, Carignan, «Les résolutions de Québec et la compétence législative en éducation» (1989) 23 R.J.T. 1, à la page 11 [Carignan, «Résolutions»].

de modeler les écoles selon les préceptes et les valeurs de la foi catholique et les seconds privilégiant une instruction chrétienne axée sur le pluralisme et les valeurs morales. L'autonomie provinciale était cruciale pour le Québec, qui avait compris dès 1867 l'importance fondamentale de conserver la compétence sur son système scolaire afin de préserver son caractère catholique et français. Les Anglo-protestants du futur territoire du Québec craignant que la majorité parlementaire et religieuse puisse imprimer un caractère confessionnel aux écoles, sentaient le besoin de se protéger contre une «catholicisation» de leurs écoles. Dans le Haut-Canada, les catholiques faisaient face au même problème : les écoles publiques seraient *de facto* protestantes, mais avec un contenu confessionnel moins prononcé. Mais pour le Québec, cette compétence en éducation devait absolument relever exclusivement de la province. Le Québec en faisait l'une des conditions de son entrée dans la fédération. Le professeur Carignan cite John A. MacDonald à ce propos :

Chacun sait que cette question a failli menacer l'existence de la Confédération, et que, si l'on eût chargé le Parlement fédéral de régler la question de l'instruction publique, cela aurait suffi pour faire répudier la Confédération par la population du Bas-Canada³.

Encore aujourd'hui, la pleine souveraineté du Québec en éducation demeure une préoccupation tellement importante qu'elle a conduit, en 1982 - dans des circonstances politiques toutefois particulières - à rejeter le projet de rapatriement parce qu'entre autres, l'article 23 de la *Charte* diminuait les compétences québécoises en éducation sans son consentement.

Le vicomte Cave, dans l'arrêt ancien *Hirsh c. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*⁴, décrit ainsi la compétence

³ *Débats de la Chambre des Communes*, (29 avril 1872) dans *Carignan*, *ibid.* à la page 15.

⁴(1928) 1 D.L.R. 1041.

provinciale en éducation :

[TRADUCTION] Bien que l'art. 93 de la Loi de 1867 protège chaque droit ou privilège relatif aux écoles confessionnelles que la loi conférait à toute classe de personnes lors de l'Union, il ne prétend pas stéréotyper le système d'éducation de la province qui existait à ce moment-là. Au contraire, il autorise expressément la législature de la province à légiférer en matière d'éducation sous réserve seulement des dispositions de l'article; et je peux difficilement voir comment la législature peut exercer d'une manière efficace le pouvoir qui lui a été conféré si elle n'a pas *une grande marge de manoeuvre* pour s'adapter aux circonstances et aux besoins nouveaux lorsqu'ils se présentent [nos italiques]⁵.

L'octroi aux provinces de la compétence en éducation conduirait à l'instauration de systèmes différents d'une province à l'autre, sur le plan des programmes, du financement, des structures de gestion et de la répartition des pouvoirs entre le gouvernement et les conseils scolaires. Cette asymétrie structurelle posera un défi conceptuel aux tribunaux du 20^e siècle lorsqu'ils auront à identifier le contenu des droits linguistiques en éducation. Mais n'anticipons pas.

L'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* protégeait les droits confessionnels des minorités religieuses⁶. Cette garantie fut le

⁵Cité dans *Québec (P.G.) c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575, aux pp. 585 et 586 repris dans *Commission des Écoles Protestantes du Grand Montréal c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 377 [CEPGM].

⁶L'article 93 entendait protéger les droits que les minorités religieuses avaient acquis, par la loi, lors de l'entrée de la province dans la fédération. En pratique, cela ne visait que le Québec et l'Ontario. Des dispositions semblables ont été adoptées au Manitoba, en Saskatchewan et en Alberta, à Terre-Neuve et dans les territoires y compris le Nunavut.

fruit de difficiles et délicates négociations. La Cour suprême le reconnaît :

L'article 93 est le fruit d'un compromis historique qui a été une étape décisive du cheminement qui a abouti à la Confédération. Comme le juge Gonthier l'affirme dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511, à la p. 529:

Il est unanimement reconnu que l'art. 93 est l'expression d'un désir de compromis politique. Il a permis l'atténuation de conflits religieux qui menaçaient la réalisation de l'Union. Sans ce «pacte solennel», cette [TRADUCTION] «condition capitale» de l'Union, il n'y aurait pas eu de Confédération⁷.

Loin d'être une garantie générale et pan-canadienne de la liberté de religion⁸ ou une «mini-charte des droits» de certaines minorités religieuses, ces protections, faisant référence au droit existant *avant* l'entrée de la province dans la confédération canadienne, introduit déjà une vision non symétrique des droits scolaires au Canada, obtenue au moyen d'une technique ingénieuse même si l'intention semblait bel et bien d'atteindre, au contraire, la symétrie la plus complète entre catholiques du Haut-Canada et protestants du Bas-Canada, comme en témoigne le second paragraphe de l'article 93. La technique consiste à «constitutionnaliser» les droits que les minorités religieuses avaient obtenus *par la loi* au moment de l'entrée de la province dans la fédération. Comme l'indique le professeur Carignan dans un autre texte :

Dans le cas sous étude [les garanties confessionnelles de l'article 93], le constituant, en 1867, n'y a

⁷*Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609 au para. 29 [Adler].

⁸*Ibid.* au para. 30.

certainement pas vu un droit fondamental. Si tel avait été le cas, il l'aurait *protégé dans la même mesure partout au Canada*. Or le seul effet de la disposition est d'empêcher les diverses législatures de faire marche arrière en matière de confessionnalité scolaire par rapport à la législation en vigueur en 1867 dans leurs territoires respectifs. De ce fait, la protection constitutionnelle *varie en ampleur* d'une province à l'autre [nos italiques]⁹.

On peut déjà faire un rapprochement avec les droits linguistiques et la thèse - dont les conséquences négatives sont maintenant répudiées - selon laquelle ils sont le fruit d'un «compromis politique»¹⁰. Les droits linguistiques doivent s'interpréter, comme tous les autres droits, selon leur objet¹¹. Les droits scolaires des minorités linguistiques sont-ils des droits fondamentaux? Sont-ils protégés *dans la même mesure partout au Canada*? La protection *varie-t-elle en ampleur* d'une province à l'autre?

Le caractère non universel et non fondamental des garanties confessionnelles a été souligné à maintes reprises par la Cour suprême. Cela confère à la province beaucoup de latitude pour procéder à des réformes et modifier les structures et les pouvoirs des conseils scolaires confessionnels. Récemment, dans *Ontario English Catholic Teachers Association*, la Cour déclarait :

⁹Pierre 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 à la p. 451 [Carignan, «Raison d'être»] ; voir aussi CEPM, *supra* note 5.

¹⁰*Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549 [SANB] ; voir aussi *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460.

¹¹*R c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768.

Notre Cour emploie plutôt «une interprétation de l'art. 93 qui tient compte de son but» : voir le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, précité, p. 1175, le juge Wilson. Une telle interprétation donne aux législatures provinciales, dans l'exercice de la pleine compétence que leur confère l'art. 93, *la souplesse pour modifier leurs systèmes d'éducation* [nos italiques]¹².

Les commissions scolaires «séparées» n'ont donc aucune garantie de pérennité. Outre le fait qu'en raison de leur contenu si particulier et de la technique constitutionnelle employée pour garantir ces droits, leur modification ou leur suppression semble bien plus simple à obtenir¹³, leurs contenus peuvent varier dans le temps; *a fortiori* peuvent-ils varier dans l'espace, entre provinces, puisque la protection des droits confessionnels dans la constitution n'a pas la même portée pratique d'une province à l'autre : les droits garantis par la loi au moment de l'entrée de la province dans la confédération ne sont pas les mêmes dans chacune d'elles. La Cour renchérit dans l'affaire des écoles publiques de l'Alberta :

Les conseils scolaires se trouvent toutefois dans une situation quelque peu exceptionnelle, car c'est par leur intermédiaire que se concrétisent les droits de nature confessionnelle qui sont constitutionnellement protégés. *Cela ne signifie pas pour autant que ces institutions soient elles-mêmes protégées* ou que leur structure historique doive demeurer figée pour que

¹²*OECTA c. Ontario (P.G.)*, [2001] 1 R.C.S. 470 au para. 31 [OECTA]. Nous reviendrons sur l'interprétation basée sur «la méthode des objets» dont parle la Cour.

¹³En effet, il semble que les modifications constitutionnelles à l'article 93 ou à ses avatars peuvent être accomplis en ayant recours à l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui requiert alors le consentement du Sénat, de la Chambre des communes et de l'Assemblée législative visée.

ces garanties constitutionnelles soient respectées. L'affirmation que *les établissements d'enseignement sont malléables et soumis aux réformes législatives* est juste. Le libellé de la partie introductive de l'art. 93 confère aux provinces pleine compétence en matière d'éducation... [nos italiques]¹⁴.

Deux éléments constitutionnels issus de l'histoire viennent donc injecter une bonne dose d'asymétrie dans nos systèmes scolaires : l'octroi d'une «pleine compétence» en matière d'éducation aux provinces et la reconnaissance de certains droits historiques gagnés par quelques minorités religieuses *avant* l'entrée de leur province dans la fédération, garanties qui ne protègent ni la structure choisie pour gérer cette instruction, ni les pouvoirs de cette structure, ni ses modes de financement.

Puisque la Cour suprême fait, dans plusieurs de ces arrêts récents autour des garanties confessionnelles, l'analogie avec l'article 23 et les droits linguistiques, force nous est de constater qu'elle adoptera peut-être la même attitude à l'égard de l'article 23. Y a-t-il lieu de s'en inquiéter? C'est l'objet de la partie suivante.

B - Les analogies entre l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'article 23 de la *Charte*.

Dans *Adler*, la Cour mentionne que les minorités religieuses protégées par l'article 93 ne peuvent pas recourir aux droits à l'égalité reconnus par l'article 15 de la *Charte* puisqu'elles ont un «statut spécial». Ce statut représenterait une dérogation aux droits à l'égalité, qui semblerait incompatible avec l'égalité individuelle mais que l'on doit respecter. La Cour fait l'analogie suivante avec l'article 23 :

Pour reprendre ses termes, l'art. 23 établit un «code complet», une source unique de droits à l'instruction

¹⁴*Public School Boards Association of Alberta c. Alberta*, [2000] 2 R.C.S. 409 au para. 34 et s.

dans la langue de la minorité. Voir *Mahe*, précité, à la p. 369. La Cour a reconnu que cela créerait des inégalités: les anglophones vivant dans des provinces francophones et les francophones vivant dans des provinces anglophones jouiraient de droits refusés à d'autres groupes linguistiques. Cependant, c'est le texte même de la Constitution qui crée ce «statut spécial»....

Ainsi, tout comme l'art. 23 établit un code complet en ce qui concerne les droits à l'instruction dans la langue de la minorité, l'art. 93 établit un code complet en ce qui concerne les droits relatifs aux écoles confessionnelles. Par conséquent, on ne saurait recourir à l'al. 2a) de la *Charte* pour élargir la portée de ce code complet¹⁵.

Cet argument ne sert qu'à écarter le recours aux droits à l'égalité individuelle dans les affaires scolaires, puisqu'on traite de droits des minorités qui sont des droits dont l'objet est collectif même s'ils sont octroyés aux individus. Mais il ne nous dit pas grand chose du contenu et de l'application de ces droits collectifs. Cependant, on constate que la Cour adhère à l'idée selon laquelle l'article 23 représente un «code complet» des droits linguistiques en matière scolaire. Logiquement, ce «code» ne peut avoir plusieurs contenus variables au gré des territoires provinciaux. Sinon, ce ne serait pas un «code complet».

Lorsque la Cour cherche à préciser la portée des droits confessionnels, elle estime qu'il faut procéder par la méthode dite de «l'analyse des aspects» :

Le juge en chef Dickson a résumé l'analyse des aspects dans *Mahe*, précité, p. 382 :

¹⁵*Adler, supra* note 7 au para. 32 et s.

[Le paragraphe 93(1)] protège les aspects confessionnels de l'éducation ainsi que les aspects non confessionnels liés aux garanties confessionnelles existant à l'époque de la Confédération. Cette expression ne fonde pas la protection de pouvoirs exercés relativement à des aspects non confessionnels de l'enseignement sauf dans la mesure nécessaire pour rendre efficaces les garanties confessionnelles¹⁶.

La conséquence de l'application de cette méthode est que dans chaque cas, pour toute réforme du système scolaire, il faut se demander si la nouvelle mesure porte atteinte à un «aspect» de l'éducation protégé par la Constitution. En l'occurrence, il s'agissait des «aspects confessionnels» et la Cour estima que la nouvelle loi scolaire de l'Ontario ne portait pas atteinte à ces aspects, «ni directement ni indirectement»¹⁷, mais touchait uniquement des aspects laïques, à savoir «les dimensions des classes, le temps de préparation des enseignants, la rémunération des enseignants et des conseillers scolaires, l'enseignement aux adultes et l'utilisation des ordinateurs en milieu scolaire.»¹⁸. Est-ce que ces questions touchent néanmoins à la langue et à la culture?

La dimension des classes et l'utilisation des ordinateurs, par exemple, peuvent dans certains cas avoir une incidence sur la capacité des minorités à faire fonctionner des écoles homogènes, puisque l'élément constitutionnel de la justification par le nombre présent dans l'article 23 peut rendre impératif le recours à de tels moyens. Il s'agit d'une relation de cause à effet : si les nombres sont insuffisants pour justifier l'ouverture de classes selon la norme de la ratio enseignants-élèves en vigueur dans la province, les conseils scolaires minoritaires devront organiser des classes à niveau multiple ou

¹⁶OECA, *supra* note 12 au para. 33.

¹⁷*Ibid.* au para. 40.

¹⁸*Ibid.*

utiliser l'enseignement à distance. Bref, le moyen choisi pour offrir l'instruction dans la langue de la minorité s'adaptera aux circonstances, mais il est directement relié à la transmission de la langue et de la culture malgré une apparence de neutralité : ce sont là des facteurs qui peuvent faire la différence entre l'offre de services et la négation complète du droit reconnu. En fait, peu de décisions en matière scolaire n'ont pas d'impact direct ou indirect sur la langue et la culture. La méthode des «aspects» risque-t-elle de diminuer l'étendue des pouvoirs que peuvent revendiquer les conseils scolaires minoritaires? Dès qu'on peut faire la preuve qu'une décision ou un pouvoir affectera négativement le développement de la communauté, on aura fait le lien entre ce pouvoir et l'aspect linguistique ou culturel. La question en devient donc une de preuve plus que de contenu des droits. Cette preuve n'est pas toujours facile à faire et ce qui semble évident pour les représentants des communautés minoritaires requiert quand même des analyses sociologiques solides afin de convaincre les tribunaux.

Les provinces sont libres de modifier leurs systèmes scolaires, la forme des structures de gestion locale de l'instruction, les modalités de financement, les pouvoirs conférés aux institutions chargées de cette gestion locale ou régionale, la limite étant que les provinces ne peuvent porter atteinte aux «aspects» qui touchent soit la «confessionnalité» là où elle s'applique, soit, pour les fins de la présente, la langue et la culture.

Pourtant, la jurisprudence sous l'article 23 semble indiquer une volonté d'imposer un minimum commun à toutes les provinces. Au contraire de l'article 93 et malgré les analogies que cherche à tracer la Cour suprême, l'article 23 ne fige aucun droit dans le temps. Il énonce de nouveaux droits qui nécessitent des interventions étatiques directes. Avant de considérer le contenu minimal possible de l'article 23, nous en rappelons les objets et considérons l'interaction entre le fédéralisme et les objets de l'article 23.

C - Les objets de l'article 23

Si l'on connaît assez bien l'objet du «maintien et

développement des minorités», sur lequel nous reviendrons, l'objet réparateur n'a pas encore reçu toute l'attention qu'il mérite ni épuisé son potentiel.

Dans sa première décision au sujet de l'article 23, la Cour suprême fait les remarques suivantes :

À tort ou à raison, ce n'est pas aux tribunaux qu'il appartient d'en décider, le constituant a manifestement jugé déficients certains des régimes en vigueur au moment où il légiférait, et peut-être même chacun d'entre eux, et il a voulu remédier à ce qu'il considérait comme leurs défauts par des *mesures réparatrices uniformes*, celles de l'article 23 de la *Charte*, auxquelles il conférait en même temps le caractère d'une garantie constitutionnelle [nos italiques]¹⁹.

Ces remarques doivent se comprendre dans le contexte de la cause. Il s'agissait de déterminer si le législateur québécois pouvait enlever à certaines classes de personnes (les citoyens canadiens ayant étudié en anglais au Canada) leur droit de fréquenter les écoles anglaises au Québec. Les «mesures réparatrices uniformes» semblent être confinées à la définition des catégories d'ayants droit²⁰ qui ont le droit constitutionnel de revendiquer l'accès à l'école de la minorité pour leurs enfants. Cela ne signifie pas, selon nous, que l'école de la minorité ne peut s'ouvrir à d'autres catégories de personnes sans remettre en cause son caractère homogène. Cela ne semble pas signifier non plus que les systèmes scolaires de la minorité doivent tous obéir au même modèle.

¹⁹*Quebec Association of Protestant School Boards c. Québec (P.G.)*, [1984] 2 R.C.S. 66 à la p. 79.

²⁰L'expression «ayants droit» n'est peut-être pas un terme de l'art, mais elle est passée dans le vocabulaire entourant l'article 23 comme désignant les trois catégories de citoyens canadiens qui ont un droit constitutionnel à faire instruire leurs enfants dans cette langue. Nous avons donc sciemment choisi de l'utiliser dans ce sens.

Dans *Mahe*, la Cour s'exprime clairement à ce propos :

Pour ces motifs, je crois préférable que notre Cour se limite, dans le cadre de ce pourvoi, à faire une déclaration à l'égard des droits concrets qui sont dus, en vertu de l'art. 23, aux parents appartenant à la minorité linguistique à Edmonton. Une telle déclaration garantira que les droits des appelants se concrétiseront, tout en laissant au gouvernement la souplesse nécessaire pour élaborer une solution appropriée aux circonstances. Comme l'a observé le procureur général de l'Ontario, 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. 23²¹.

Cette «souplesse dans le choix des moyens» est aussi soumise à la méthode des aspects. Elle signifie que peu importe le moyen choisi, les provinces doivent ne pas porter atteinte aux droits constitutionnels de la minorité. Elle est aussi soumise à l'objet de l'article 23 : la «discrétion» provinciale et la «souplesse», autant que la compétence constitutionnelle provinciale, ne permettront pas que les provinces invoquent l'argument pour contrevenir à l'objet de l'article 23. En concluant que les francophones de Summerside ont droit à leur école dans leur communauté, la Cour suprême a tiré une conclusion qui est passée un peu inaperçue mais qui a une grande conséquence pour notre propos : cette «discrétion» alléguée par les provinces avec tant de vigueur et confirmée par la Cour dans *Mahe* n'est pas une discrétion permettant de faire n'importe quoi. Elle est assujettie à la *Charte*, comme tout autre pouvoir public :

Bien que le ministre soit responsable de l'élaboration de la politique applicable en matière d'enseignement,

²¹ *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342 [*Mahe*].

son pouvoir discrétionnaire est assujéti à la *Charte*. Comme nous l'avons mentionné plus haut, le ministre n'a pas adéquatement pesé l'effet de sa décision sur la promotion et la préservation de la communauté linguistique minoritaire de Summerside et n'a pas reconnu, comme il l'aurait dû, le rôle de la commission de langue française à cet égard²².

Cela impose donc au ministre de l'Éducation deux obligations précises. D'une part, il doit «peser l'effet de sa décision» sur la communauté minoritaire. «Peser l'effet» ne signifie pas qu'il examine simplement la décision pour voir si elle va nuire à la pédagogie appliquée aux enfants; il doit aussi envisager l'impact plus large de la décision sur la communauté elle-même. D'autre part, le ministre doit «reconnaître le rôle» des conseils scolaires minoritaires à cet égard. C'est là, d'ailleurs, que réside l'innovation la plus considérable de cette décision. En effet, jusqu'ici la Cour avait, dans *Mahe*, identifié cinq pouvoirs devant appartenir exclusivement aux représentants de la minorité linguistique (nous y reviendrons); mais celui de participer à la décision d'ouvrir de nouvelles écoles n'en faisait pas partie. De plus, dans l'interaction délicate entre les pouvoirs du ministre et ceux du conseil scolaire de la minorité, ce dernier doit recevoir la préséance quand la décision a un impact sur la langue et la culture minoritaires.

Cette conclusion est renforcée par la Cour d'appel de l'Ontario qui, dans *Lalonde*, examine le pouvoir discrétionnaire du gouvernement de réformer son système de santé et déclare, au nom du principe constitutionnel non écrit de protection des minorités :

La Commission était obligée par la loi d'exercer ses pouvoirs à l'égard de Montfort conformément à l'intérêt public. Afin de décider de ce qui est de l'intérêt public, la Commission était tenue de prendre en considération le principe constitutionnel

²²*Arsenault-Cameron c. Ile-du-Prince-Édouard*, [2001] R.C.S. 3 au para. 40 [Arsenault-Cameron].

fondamental du respect et de la protection des minorités²³.

Un peu plus tôt, la Cour avait profité de l'occasion pour approuver l'opinion selon laquelle un principe non écrit de la Constitution peut servir de base à la révision judiciaire d'une décision discrétionnaire :

Les normes constitutionnelles non écrites peuvent, dans certaines circonstances, autoriser la révision judiciaire de décisions discrétionnaires²⁴.

Si les décisions discrétionnaires peuvent être révisées par la Cour à la lumière des principes non écrits, *a fortiori* le peuvent-ils lorsque la décision porte atteinte à un droit écrit, fût-il implicitement contenu dans l'article 23 ou déduit par la jurisprudence? Cette conclusion vaut d'ailleurs pour tout exercice de pouvoirs discrétionnaires et représente pour les citoyens et citoyennes l'un des droits qui ne se prêtent pas à des adaptations provinciales. La façon dont la Cour a relié cet enjeu de l'étendue du rôle des conseils scolaires minoritaires à l'objet même de l'article 23 et au contenu du droit de gestion fait en sorte que cette règle va s'appliquer à l'ensemble de ces institutions. Quelle que soit l'étendue du pouvoir du ministre de l'Éducation et quelles que soient les variations que l'on observera à cet effet au Canada, chaque ministre est maintenant constitutionnellement obligé de mesurer l'impact de ses décisions sur la minorité linguistique *et* de donner suite aux avis et recommandations des institutions de gestion de l'éducation minoritaire, à moins qu'il soit capable de prouver que les règles provinciales objectives ne seront pas respectées. De plus, ces règles provinciales objectives ne doivent pas elles-mêmes porter atteinte aux aspects linguistiques et culturels de l'éducation. Elles ne doivent pas

²³*Lalonde c. Commission de restructuration*, [2001] O.J. 4768 (QL) au para. 180 [*Lalonde*].

²⁴*Ibid.* au para. 176.

être des calques des règles que l'on applique à la majorité.

L'autre objet pertinent à l'article 23 est bien entendu le maintien et le développement de la communauté linguistique minoritaire. Il s'agit de l'objet sur lequel la Cour a insisté tant dans *Mahe*, pour justifier la reconnaissance du droit de gestion, que dans *Arsenault-Cameron* pour justifier la reconnaissance du droit à une école dans sa communauté même si une autre école est disponible ailleurs. Le droit de gestion est rendu nécessaire par le fait que les représentants de la majorité ne comprennent pas toujours bien les préoccupations et les attentes de la minorité en matière d'éducation :

En outre, comme l'indique le contexte historique dans lequel l'art. 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 influencer sur la langue et la culture de la minorité²⁵.

D'autre part, l'objet du maintien et du développement de la communauté permet d'intégrer les enjeux linguistiques et culturels au sein même des préoccupations pédagogiques. Une éducation de qualité, dans le contexte minoritaire, inclut une éducation dans sa langue et dans sa communauté:

Parce qu'il pensait que les programmes dispensés par les sept petites écoles qui avaient entre 55 et 83 élèves n'étaient pas bénéfiques sur le plan pédagogique, le ministre n'a pas reconnu qu'en refusant un établissement de taille similaire à la communauté linguistique minoritaire de Summerside, il privait les élèves francophones d'un accès égal à un enseignement

²⁵*Mahe*, *supra* note 21.

*de qualité dans leur propre langue [nos italiques]*²⁶.

Qui plus est, les parents de la minorité ne devraient pas être placés devant le choix de laisser leurs enfants fréquenter l'école locale et risquer l'assimilation ou subir d'interminables trajets d'autobus afin d'être scolarisés en dehors de leur communauté locale :

Pour la minorité, il s'agissait en grande partie d'une question culturelle et linguistique; il s'agissait non seulement de la durée des trajets, mais aussi des distances parcourues du fait qu'il fallait envoyer les enfants à l'extérieur de leur communauté et qu'il n'y avait pas d'établissement d'enseignement au sein de la communauté même²⁷.

L'objet du maintien et du développement de la communauté insère donc une différence de traitement entre minorité et majorité à l'intérieur de chaque province, dans une conception de l'égalité qui tient compte des besoins et des différentes situations. Mais il nous semble qu'il peut aussi jouer un rôle positif dans l'évaluation de l'exigence du «nombre qui justifie» : malgré les conditions de nombre imposées par l'article 23, les communautés minoritaires se trouvant dans des situations difficiles devraient profiter au maximum du caractère réparateur de l'article 23. Ainsi, la non symétrie ne jouerait pas au détriment de la minorité mais bien à son avantage. Il revient justement aux conseils scolaires minoritaires de dresser l'inventaire des différents besoins selon les régions et d'élaborer les solutions applicables.

D - Fédéralisme et droits scolaires des minorités linguistiques

Lorsqu'on met en relation la compétence provinciale en ce qui concerne l'éducation et les objets de l'article 23, on constate, à la

²⁶ *Arsenault-Cameron, supra* note 22 au para. 48.

²⁷ *Ibid.* au para. 50.

lecture de la jurisprudence, une volonté de réaliser un équilibre et de développer des critères, des tests, des méthodes d'analyse qui permettront de respecter l'intégrité de la compétence provinciale en matière d'éducation sans sacrifier les droits des minorités.

i - Symétrie des droits entre provinces

Par définition, le fédéralisme implique la différenciation. Il semble que la province de résidence ne constitue pas un motif valable de discrimination interdite par l'article 15 de la *Charte*²⁸. La Cour suprême, on l'a vu, résiste aussi à toute suggestion que les droits à l'égalité individuelle de l'article 15 puissent venir en aide aux minorités linguistiques. Les droits linguistiques, dont ceux de l'article 23, comprennent en eux-mêmes leur propre notion d'égalité entre francophones et anglophones.

Cette égalité est-elle cependant transposable à une égalité *entre minorités francophones*? Il y a déjà une certaine asymétrie dans la situation constitutionnelle de chacune des minorités francophones au pays au chapitre des droits linguistiques. Seules les provinces du Nouveau-Brunswick, du Québec et du Manitoba sont assujetties à des garanties constitutionnelles spécifiques en matière d'usage de la langue française et de la langue anglaise et celles-ci ne sont pas identiques²⁹. La compétence en matière linguistique est divisée entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales³⁰ de sorte que des

²⁸*Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995 [*Haig*].

²⁹Le Nouveau-Brunswick est assujetti aux exigences imposées au palier fédéral : paragraphes 16(2) à 20(2) de la *Charte*. En plus, l'article 16.1 protège l'égalité des communautés linguistiques et leur droit à des institutions où peuvent se dérouler des activités éducatives. Le Manitoba, quant à lui, est assujetti à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* qui lui impose des exigences semblables à celles qui s'appliquent au Québec par l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

³⁰*Jones c. Nouveau-Brunswick (P.G.)*, [1975] 2 R.C.S. 182.

lois sur les langues officielles ou les services en français existent dans certaines provinces mais non dans d'autres. Le fédéralisme produit donc une nette asymétrie des droits linguistiques. Cela n'est pas nouveau. La *Charte de Victoria* de 1971, aux articles 10 à 19, proposait déjà un régime constitutionnel à plusieurs vitesses au plan linguistique : chaque province acceptait d'être liée à des obligations constitutionnelles différentes et taillées sur mesure pour elle - sauf en matière d'éducation, où la garantie était nationale³¹.

À la différence de la situation qui prévaut dans le domaine de ce qu'il est convenu d'appeler «le bilinguisme officiel», l'article 23 a une vocation pan-canadienne. Il vise à établir des *mesures réparatrices uniformes*. Même si, à cause de l'analyse des aspects, des variations peuvent exister entre les provinces, le résultat final doit être conforme aux exigences de l'article 23. Et malgré la réticence certaine des tribunaux à entrer précisément dans la description du contenu concret de ces droits, l'idée de base demeure : le système doit s'y conformer. Jusqu'à présent, on sait que cinq champs de compétence doivent appartenir *exclusivement* aux représentants de la minorité au niveau intermédiaire de l'échelle variable : il s'agit de l'embauche des enseignants, de l'embauche du personnel administratif, des programmes - dans leur aspect linguistique et culturel, de la dépense des fonds alloués à l'instruction dans la langue de la minorité et des ententes que peuvent conclure les représentants de la minorité à cet égard. On sait aussi qu'au besoin, des écoles doivent être ouvertes dans les communautés. Mais l'arrêt *Arsenault-Cameron* va encore plus loin lorsqu'il révèle que l'article 23 sera une *source directe* de pouvoir pour ces institutions de gestion :

Nous devons donc commencer notre analyse en reconnaissant que chaque commission scolaire possède les pouvoirs de gestion qui sont expressément prévus par la Loi et le Règlement. De

³¹«Charte de Victoria» dans Secrétariat des Conférences Intergouvernementales Canadiennes, *La révision constitutionnelle 1968-1971*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1972, aux pp. 394-395.

plus, une commission de la langue de la minorité, en tant que représentant des titulaires des droits prévus par l'art. 23, possédera en outre les pouvoirs conférés par l'art. 23 conformément à l'échelle variable [nos italiques]³².

Même si l'on reconnaît que les institutions choisies pour effectuer la gestion des écoles minoritaires vont varier d'une province à l'autre, elles devront disposer d'un tronc commun de pouvoirs qui leur sont reconnus implicitement par l'interprétation de l'article 23. C'est là un développement remarquable. En effet, dans *Mahe*, la Cour n'avait pas identifié clairement la source juridique des pouvoirs devant appartenir aux représentants de la minorité dans la structure intermédiaire. Elle confirme maintenant que l'article 23 vient « supplanter » en quelque sorte la compétence provinciale en matière d'éducation, en incluant le pouvoir de délimiter la compétence des conseils scolaires. L'article 23 injecte donc une dose de symétrie *entre* minorités francophones. Il est vrai que la Cour ajoute aussitôt « conformément à l'échelle variable », ce qui donne à penser qu'elle conçoit des situations où le droit de gestion ne s'étendra pas à l'octroi d'un plein conseil scolaire - une situation, soit dit en passant, qui va à l'encontre du développement récent de la situation dans chacune des provinces et des objets de l'article 23. Quel serait donc ce tronc commun de pouvoirs? La Cour nous en a donné une indication dans *Mahe* quand, empruntant au juge Purvis la liste qu'il avait lui-même dressée³³ en se basant sur le modèle ontarien qui avait reçu l'appui de la Cour d'appel de l'Ontario³⁴, elle établit qu'au niveau intermédiaire de l'échelle variable les représentants de la minorité doivent exercer un pouvoir exclusif sur la dépense des fonds, le recrutement et l'embauche du personnel enseignant, le recrutement et l'embauche du

³²*Arsenault-Cameron*, *supra* note 22 au para. 44.

³³*Mahe*, *supra* note 21.

³⁴*Re Education Act (Ontario) and minority language educational rights* (1984), 10 D.L.R. 4^e 491 [*Re Education Act*].

personnel administratif, les ententes entre conseils pour la prestation de services éducatifs en français, les programmes. Chacun de ces éléments reste à définir et préciser. Ainsi, l'on ne sait pas encore dans quelle mesure le contrôle du curriculum et de la programmation scolaire doit relever constitutionnellement des conseils scolaires de la minorité, bien que la jurisprudence tende à leur reconnaître le rôle prépondérant à cet égard. La Cour reconnaît au gouvernement un intérêt prépondérant en éducation sous réserve de ne pas nuire à l'aspect linguistique et culturel :

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. 23³⁵.

On peut présumer que ce n'est pas l'ensemble de la programmation qui doit relever des conseils scolaires de la minorité, mais uniquement les aspects de celle-ci qui touchent à la langue et la culture. Il reviendra aux spécialistes en éducation d'éclairer la Cour concernant l'impact de telle ou telle réforme du programme sur la qualité de l'instruction en français. On ne pourra se dispenser de faire cette preuve puisque l'article 23 n'est pas une remise complète de tous les aspects de l'éducation publique aux mains d'une communauté minoritaire, mais une remise des seuls aspects relatifs à la langue et la culture. Cela est tout de même considérable.

L'arrêt *Arsenault-Cameron* ajoute à cette liste le pouvoir exclusif

³⁵*Mahe*, *supra* note 21; *Arsenault-Cameron*, *supra* note 22 au para. 53.

de décider du lieu des classes ou écoles : 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 objectives compatibles avec l'art. 23. Sans cela, le caractère réparateur et protecteur de l'art. 23 serait grandement affaibli³⁶.

Pour être logique, cette conclusion doit s'appliquer à chaque commission scolaire de la minorité. Chacune devrait détenir le pouvoir de définir les limites de la région où le nombre justifie un établissement d'enseignement. C'est là une application symétrique du droit de gestion.

Ainsi, sans anticiper sur ce que nous considérons devoir faire partie d'un contenu minimal national pour l'article 23, nous pouvons déjà identifier une volonté jurisprudentielle de reconnaître aux minorités francophones des droits égaux : le droit à l'instruction, le droit aux établissements d'enseignement homogènes et, surtout, le droit à la gestion, inhérent à l'article 23 lui-même et source directe de pouvoirs pour les institutions chargées d'administrer cette instruction.

ii - Différenciations et asymétrie

Comme dans d'autres domaines, la Cour suprême a signalé que les questions linguistiques vont requérir une méthode d'analyse qui tient compte des différences historiques et factuelles dans chacune des provinces :

Il faut noter en passant, comme l'a indiqué notre Cour dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, aux pp. 777 et 778, que l'accent mis sur le contexte historique de la langue et de la culture indique qu'il peut bien être nécessaire d'adopter des méthodes d'interprétation différentes dans divers

³⁶Arsenault-Cameron, *supra* note 22 au para. 54.

ressorts qui tiennent compte de la dynamique linguistique particulière à chaque province³⁷.

Cette attitude de la Cour est conforme à sa position générale au sujet du fédéralisme. Dans différentes affaires, elle a reconnu que les lois fédérales pouvaient légitimement recevoir une application différente selon les provinces, si tel est le vœu du gouvernement canadien³⁸.

La Cour acceptait dans *Ford* de reconnaître que la langue française est menacée au Québec et qu'il est légitime pour l'Assemblée Nationale de chercher à promouvoir le «visage linguistique français» du Québec :

La vulnérabilité de la langue française au Québec et au Canada a été décrite dans une série de rapports de commissions d'enquête, tout d'abord dans le rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme de 1969 puis dans les rapports de la commission Parent et de la commission Gendron... Il ressort des documents se rapportant à l'article premier et à l'art. 9.1 que la politique linguistique sous-tendant la *Charte de la langue française* vise un objectif important et légitime. Ils révèlent les inquiétudes à l'égard de la survie de la langue française et le besoin ressenti d'une solution législative à ce problème. De plus, ces documents montrent le lien rationnel qui existe entre le fait de protéger la langue française et le fait d'assurer que la réalité de la société québécoise se reflète dans le «visage linguistique»³⁹.

³⁷Renvoi : *Loi sur l'Instruction Publique (Manitoba)*, [1993] 1 R.C.S. 839.

³⁸*R. c. S.*, [1990] 2 R.C.S. 254 ; voir aussi *Haig*, *supra* note 28 ; *R. c. Furtney* [1991] 3 R.C.S. 89.

³⁹*Ford c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712 aux pp. 778-779.

La Cour reconnaît donc l'importance pour le Québec d'intervenir en matière de langue d'affichage. Si elle convient que la langue française est vulnérable au Québec, combien plus vulnérable est-elle ailleurs au Canada! S'il doit y avoir une asymétrie en la matière, ce sera dans les mesures requises pour défendre et promouvoir la langue française et non dans l'étendue des droits scolaires qui sont reconnus ou non aux Canadiens selon les nombres qui les justifient. Le critère du nombre justificatif représente une modalité de mise en oeuvre et non l'essence du droit. De la même manière, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick s'est éloignée d'une interprétation symétrique de l'article 18 de la *Charte* et, se fondant sur *Beaulac*⁴⁰, a implicitement renversé sur ce point l'arrêt *Société des Acadiens*⁴¹ qui prônait une interprétation des droits linguistiques de la *Charte* identique à celle que l'on devait faire des droits linguistiques contenus dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour accepte donc une certaine asymétrie des droits linguistiques constitutionnels :

Si cette thèse se résume à dire que dès lors qu'un tribunal doit trancher une question qui porte sur l'interprétation des articles 17, 18 et 19 de la *Charte* il doit souscrire à l'interprétation déjà donnée à l'art. 133, il est évident qu'une telle approche irait à l'encontre des principes d'interprétation des droits linguistiques énoncés dans l'arrêt *Beaulac*, précité⁴².

Puisque l'historique et le contexte législatif d'adoption du paragraphe 18(2) de la *Charte* diffèrent grandement de ceux qui ont présidé à l'adoption de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dans le contexte du Nouveau-Brunswick, le mot «loi» n'aura pas le même sens dans chacune des deux dispositions. Dans le cas du

⁴⁰R. c. *Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768.

⁴¹SANB, *supra* note 10.

⁴²*Chalebois c. Moncton (Ville de)* (2001), 242 R.N.-B. (2^e) 259 au para. 43.

Québec, il n'inclut pas les arrêtés municipaux; au Nouveau-Brunswick, il les inclut. La Cour se fonde aussi sur l'égalité des langues officielles – une mesure qui, dans le cas des provinces, ne s'étend qu'au Nouveau-Brunswick – et sur l'égalité des communautés linguistiques, une autre mesure dont la portée est limitée à cette province :

Le principe constitutionnel de l'égalité des langues officielles et de l'égalité des deux communautés de langue officielle et de leur droit à des institutions distinctes constitue la clef de voûte sur laquelle repose le régime de garanties linguistiques au Nouveau-Brunswick⁴³.

L'application asymétrique des droits linguistiques repose ici sur deux facteurs qui s'étendent à l'ensemble du régime linguistique constitutionnel, soit le paragraphe 16(2) et l'article 16.1 de la *Charte*. Cela pourrait signifier qu'au Nouveau-Brunswick, l'article 23 doit s'interpréter à la lumière de ces deux dispositions. Si cela doit entraîner une asymétrie dans l'application des droits, celle-ci devrait conduire à l'extension des droits garantis par l'article 23 au Nouveau-Brunswick. Comme l'article 16.1 porte sur des «institutions éducatives», il conduit à un certain dédoublement avec l'article 23. Il y a là un risque, à notre avis, que cela ne conduise les tribunaux à diminuer la portée de l'article 23. L'on devra donc manipuler l'article 16.1 avec prudence pour ne pas perdre les acquis que les arrêts de la Cour suprême ont permis d'obtenir sous l'article 23. Ainsi, dans les provinces autres que le Nouveau-Brunswick, un retour à la «représentation proportionnelle et garantie» au lieu d'un conseil scolaire de la minorité, au partage de locaux avec des majorités anglophones même si les nombres justifient, aux yeux du conseil scolaire francophone, des établissements distincts, ne nous semblerait pas judicieux; à la limite, il pourrait s'agir d'une entorse au principe de progression vers l'égalité linguistique⁴⁴. L'asymétrie ne doit pas

⁴³ *Ibid.* au para. 63.

⁴⁴ Voir Lalonde, *supra* note 23 ; voir aussi *Baie d'Urfé (Ville de) c. Québec*

constituer un motif de dilution des droits.

Dans le même sens, la Cour suprême écrit dans *Arsenault-Cameron*

Notre Cour a reconnu la diversité des circonstances et a évité d'adopter une formule rigide pour régler ces questions. La région où seront assurées la prestation de l'enseignement et la création d'établissements dans la langue de la minorité doit être déterminée dans chaque cas en tenant dûment compte du nombre d'enfants en cause ainsi que des facteurs importants spécifiques à chaque cas. Il est toutefois important de signaler que la norme prévue à l'art. 23 n'est pas neutre, mais favorise le développement de la communauté⁴⁵.

Ni la compétence provinciale en matière d'éducation, ni le statut spécial de la province du Nouveau-Brunswick au plan des droits linguistiques constitutionnels ne doivent devenir un prétexte pour diluer les droits scolaires des minorités sous un fatras de règlements prétendument neutres et objectifs sur les allocations budgétaires, les temps de transport, les exigences pédagogiques et autres considérations. Les gouvernements ont l'obligation positive de mettre en oeuvre un système scolaire qui réponde aux besoins de leur communauté linguistique.

Dans *Doucet-Boudreau*⁴⁶ tout autant que dans *Arsenault-*

(P.G.), [2001] J.Q. no. 4821 (C.A.Qué), cette idée a été rejetée par chacune des deux cours d'appel du Québec et de l'Ontario comme entraînant la conséquence d'une création de nouveaux droits linguistiques. Nous estimons que cette conclusion devrait être reconsidérée mais la démonstration en attendra une autre occasion.

⁴⁵*Arsenault-Cameron*, *supra* note 22 au para. 53.

⁴⁶*Doucet-Boudreau c. Nova Scotia* (2000), 185 N.S.R. (2^e) 246; conf. par la Cour suprême du Canada [2003] CSC 62.

Cameron ou d'autres affaires, la cour tient compte de la situation particulière des minorités qui s'adressent à elle, mais de façon à favoriser l'atteinte de l'objet de l'article 23 et non de façon à le diluer faute de nombres requis. Dans *Doucet-Boudreau*, par exemple, la Cour émet cinq ordonnances différentes, une pour chaque région acadienne visée; chaque ordonnance répond aux problèmes rencontrés dans ladite région. Les remèdes choisis ne se transposeraient pas automatiquement dans chaque province, mais les principes sous-jacents sont, eux, d'application pan-canadienne. Il y a donc une asymétrie dans les remèdes mais une symétrie des droits.

Les tribunaux sont sensibles aux variations régionales et aux risques d'une interprétation trop rigide de l'article 23 qui conduirait à des résultats indésirables et contraires à son objet. Le concept de l'«échelle variable» n'a pas d'autre but. La Cour suprême du Canada indique à maintes reprises que les solutions pourront varier d'une province à l'autre.

E - Le contenu de l'article 23 : symétrie des droits entre provinces, asymétrie de la mise en oeuvre.

Malgré cette évidente volonté judiciaire de donner à l'article 23 une application souple, il nous semble qu'il perdra tout caractère normatif s'il n'est pas porteur de droits concrets et solides applicables partout au Canada. L'article 23 garantit un droit, donc pose une norme, si floue soit-elle; on devrait pouvoir l'identifier. Cette norme constitue l'aulne à laquelle mesurer une revendication spécifique, comparer un modèle donné, vérifier si la communauté minoritaire contrôle véritablement les aspects de l'éducation qui ont trait à sa langue et sa culture. Si la dualité linguistique fait partie des principes structurels non écrits de la constitution canadienne⁴⁷, elle trouve en

⁴⁷C'est la thèse que nous défendons dans Pierre Thibault, Benoit Pelletier et Louis Perret, dir., *Les défis du constitutionnalisme*, Mélanges en l'honneur de Gérald Beaudoin, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002 aux pp. 163-203.

l'article 23 l'une de ses expressions les plus claires : le maintien de cette dualité fait partie des objets de l'article 23. Il est difficile de concevoir que la dualité linguistique canadienne reposerait sur une norme juridique qui n'accorde pas à tous les Canadiens et toutes les Canadiennes francophones les mêmes droits quand vient le temps de faire instruire leurs enfants. Le fédéralisme et la compétence provinciale en éducation deviennent alors des outils dans l'atteinte de ce but et non un gouffre béant au fonds duquel viendrait s'écraser l'un des fondements du Canada.

Concrètement, au-delà des règles d'interprétation de l'article 23, il nous semble que la jurisprudence nous indique une voie à suivre quant aux éléments de l'article 23 dont on devrait retrouver la trace dans chaque province à majorité anglophone. Plusieurs des affirmations qui suivent n'ont toutefois pas été confirmées par la jurisprudence et reposent sur l'analyse des objets de la disposition ainsi que sur l'observation, issue de la pratique, des situations auxquelles font face présentement les communautés francophones quant à leur réseau scolaire.

i - Chaque enfant de parents ayants droit devrait avoir le droit à l'instruction en français, n'importe où dans la province.

Il nous semble que la formulation de l'article 23 de même que son objet doivent nous conduire à cette conclusion : la condition de nombre ne représente pas une limite à l'*existence* du droit, mais à son *application* dans une situation donnée. Il s'agit d'une conclusion que contesteront probablement les représentants des divers ministères de l'Éducation au Canada. Mais déjà, les lois de plusieurs provinces adoptent ce principe. Chaque enfant dont au moins un parent est un ayant droit au sens de l'article 23 peut revendiquer et obtenir son admission et son inscription dans une école de la minorité. En général, les modalités d'application relèvent des pouvoirs des conseils scolaires de la minorité : ce sont ces institutions qui décident des aires de fréquentation des écoles, des modalités de transport, des méthodes

de prestation de l'enseignement, et plusieurs font preuve d'une grande créativité : cours à distance par l'utilisation d'Internet, cours offerts en une fin de semaine intensive dans un endroit centralisé, tutorats, cours à domicile, cours télévisés. Chaque enfant n'a certes pas son école pour elle ou lui, mais chaque enfant a accès à l'instruction en français.

ii - Chaque province devrait compter un ou plusieurs conseils scolaires de la minorité linguistique, couvrant l'ensemble du territoire provincial.

En fait, seuls le Nouveau-Brunswick, l'Ontario et l'Alberta comptent, au moment où ces lignes sont écrites, plus d'un conseil scolaire de la minorité. Ailleurs en Atlantique et dans l'ouest et le nord canadiens, un seul conseil scolaire gère l'instruction en français dans ces provinces ou territoires. Des conseils régionaux ou des conseils d'école viennent compléter cet assemblage institutionnel.

Le statut constitutionnel des conseils scolaires est ambigu. D'un côté, comme on l'a vu ci-dessus, la Cour suprême du Canada considère que ce sont des organismes précaires, des créatures du législateur, qui pourrait bien décider de les abolir. De l'autre, les impératifs des articles 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* là où ils s'appliquent et ceux de l'article 23 de la *Charte* leur confèrent une existence implicite. Quand la Cour suprême, dans *Arsenault-Cameron*, estime que l'article 23 représente une *source directe* de pouvoirs pour les conseils scolaires de la minorité, elle assume leur existence continue.

Le fédéralisme fera ici sentir sa présence dans la diversité des modèles de structure qui seront mis en place. D'ailleurs, le monde de l'éducation en milieu minoritaire aurait tout intérêt à faire appel à de nouveaux concepts de gestion publique. Par exemple, le Nouveau-Brunswick a connu une structure de gestion provinciale, appelée la «commission provinciale en éducation», formée de représentants régionaux choisis au sein des parents, assistés de représentants du ministère de l'Éducation et de spécialistes en éducation; le modèle souffrait de certains défauts en ce qu'il ne confiait pas la

responsabilité décisionnelle finale exclusivement aux représentants des parents, mais comportait quand même des avantages. On a aussi vu des comités d'école se voir confier des responsabilités accrues. Une idée a circulé en Nouvelle-Écosse, celle de créer un comité des programmes qui serait composé de représentants du ministère, de représentants du Conseil scolaire acadien provincial et de représentants de la Fédération des Parents de Nouvelle-Écosse. Ce comité aurait été chargé de développer le programme scolaire dans les écoles acadiennes. Dans la mesure où le pouvoir décisionnel ultime relève toujours, conformément à l'article 23, des représentants des ayants droit, ces modèles et d'autres encore peuvent et doivent être développés. Le fédéralisme offre justement ici la souplesse nécessaire à leur mise en oeuvre. L'article 23 impose cependant une contrainte; elle peut sembler de taille mais apparaît devoir découler de la jurisprudence : tous les éléments de pouvoir qui touchent la langue et la culture doivent relever de l'autorité juridique des représentants de la minorité.

À ce titre, nous estimons que la conclusion tirée dans *Mahe*, valable pour l'époque, se trouve aujourd'hui remplacée par la nécessité de doter chaque province d'une institution de gestion scolaire autonome. La représentation proportionnelle et garantie a fait son temps, elle nous apparaît maintenant caduque. Elle permettait l'instauration graduelle de la gestion scolaire au sein de communautés qui en avaient été dépouillées depuis trop longtemps déjà, mais elle s'avère une solution de rechange quelque peu boiteuse, comme l'expérience l'a montré. Elle confie la responsabilité de plusieurs décisions importantes à des gestionnaires de la majorité linguistique dont la minorité ne peut être certaine qu'ils et elles sauront tenir compte de ses préoccupations. Les objets de l'article 23 sont mieux rencontrés par des structures pleinement homogènes qui *appartiennent* véritablement à la minorité, comme l'a dit la Cour d'appel de l'Ontario dans le renvoi de 1984⁴⁸. L'Ontario, d'où émanait le concept, a préféré la remplacer par l'instauration de conseils scolaires linguistiquement homogènes.

⁴⁸*Re Education Act*, *supra* note 34 à la p. 528.

iii - Chaque conseil scolaire de la minorité devrait détenir les pouvoirs découlant de l'article 23

C'est là une conséquence inévitable de l'arrêt *Arsenault-Cameron* et celle qui, jusqu'à présent, présente le plus d'incertitude. Car nous connaissons, puisqu'ils ont été énumérés, les pouvoirs que l'arrêt *Mahe* assigne en exclusivité aux représentants de la minorité linguistique dans le modèle de la représentation proportionnelle et garantie, modèle qui découle du niveau intermédiaire de l'échelle variable : l'embauche des enseignants et du personnel administratif, la dépense des fonds, les programmes, le choix des régions et des emplacements des institutions d'enseignement. L'arrêt *Arsenault-Cameron*, on l'a vu, y ajoute le pouvoir de déterminer l'emplacement des écoles de la minorité et la détermination du nombre qui justifie une école. Mais que signifie «le programme»? Comment répartir les pouvoirs entre le ministère de l'Éducation et les conseils scolaires minoritaires? La jurisprudence rendue sous l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a permis de conserver la compétence du gouvernement provincial sur les programmes quasiment intacte⁴⁹. Cette conclusion sera-t-elle transposée à l'article 23? Pourtant, la Cour, dans *Mahe*, a elle-même confié la responsabilité des «programmes» aux représentants de la minorité linguistique... Les aspects «linguistiques et culturels» englobent probablement plus d'éléments que les aspects «confessionnels». Des clarifications sont encore requises ici et l'éclairage des spécialistes en éducation minoritaire sera précieux.

iv - Les normes objectives du ministère de l'Éducation, dans les champs de compétence qui sont les siens, doivent tenir compte de la réalité minoritaire et de l'objet de l'article 23.

On ne peut appliquer aux minorités linguistiques des normes neutres identiques à celles de la majorité. Ce principe, facile à formuler, est difficile d'application. Dans *Arsenault-Cameron*, le

⁴⁹ *CEPGM*, *supra* note 5.

ministre avait, semble-t-il, appliqué trois «normes» - encore qu'aucune ne relevât d'un quelconque règlement : l'une relative au temps de transport, qui était en moyenne d'une heure, une autre relative à la taille minimale des écoles qui tournait autour de 100 élèves, et une relative à la qualité pédagogique, qui ne serait pas adéquate. Dans tous les cas, la Cour suprême a décidé que ces normes ne convenaient pas à la réalité et aux besoins de la minorité et donc ne pouvaient leur être appliquées machinalement :

Comme nous l'avons dit, l'art. 23 a un caractère réparateur. Il n'a pas pour objet de renforcer le statu quo par l'adoption d'une conception formelle de l'égalité qui viserait principalement à traiter de la même façon les groupes majoritaires et minoritaires de langue officielle; *Mahe*, précité, à la p. 378. L'utilisation de normes objectives pour évaluer les besoins des enfants de la minorité linguistique principalement par référence aux besoins pédagogiques des enfants de la majorité linguistique, ne tient pas compte des exigences particulières des titulaires des droits garantis par l'art. 23. Le ministre et la Section d'appel ont insisté à tort sur l'incidence de trois éléments sur l'égalité entre les deux communautés linguistiques: la durée des trajets en autobus, la taille des écoles et la qualité de l'enseignement. L'article 23 repose sur la prémisse que l'égalité réelle exige que les minorités de langue officielle 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 officielle⁵⁰.

Deux obligations restreignent l'exercice du pouvoir discrétionnaire des ministres de l'Éducation, pouvoir dont l'existence même, par ailleurs, n'a pas été contestée ou déclarée

⁵⁰*Arsenault-Cameron*, *supra* note 22 au para. 31.

inconstitutionnelle : l'obligation de tenir compte des besoins de la minorité et l'obligation de tenir compte des avis et décisions des conseils scolaires de la minorité. Si le ministre devait rejeter les recommandations et décisions du conseil scolaire, ce sera pour des motifs précis et fondés, non parce qu'il diffère d'opinion quant aux besoins réels de la communauté minoritaire.

v - Le financement doit être équitable et tenir compte du caractère réparateur de l'article 23.

Les pouvoirs des conseils scolaires minoritaires resteront vides de sens si on ne leur fournit pas les moyens de leur exercice. Or la répartition des ressources financières s'avère l'un des enjeux les plus importants de la prochaine décennie et partout au Canada, les conseils scolaires minoritaires sont à la recherche des fonds qui leur permettront de combler les immenses besoins éducatifs de leur communauté, à commencer par la construction d'installations scolaires adéquates, en passant par l'embauche de personnel spécialisé et le développement de programmes innovateurs. Sur ce point, la jurisprudence est assez embryonnaire. Dans *Mahe*, la Cour suprême confie aux représentants de la minorité le contrôle de la *dépense* des fonds, mais non leur obtention. C'est déjà beaucoup et les allégations parfois entendues à l'effet que l'argent fédéral, entre autres, dévolu à l'instruction en français langue maternelle, ne se rend pas à destination, n'a pas sa raison d'être et représente une infraction aux obligations qui incombent aux gouvernements provinciaux par l'article 23. Mais cela ne suffit pas. Un siècle de négation des droits scolaires des minorités, cela laisse des traces : aussi faut-il consentir des ressources financières à la hauteur du besoin de rattrapage.

Le droit de taxer ne fait partie ni de l'article 93 ni de l'article 23. Dans *Mahe* la Cour déclare :

Pour ne donner qu'un seul exemple, le droit de lever des impôts (dont serait assorti l'établissement d'un district scolaire indépendant) n'est pas essentiel, à mon avis, au règlement des questions de sécurité linguistique et culturelle visées par l'art. 23.

L'article 23 garantit que les écoles de la minorité recevront des fonds publics, mais il n'est pas nécessaire que ces fonds proviennent d'une assiette fiscale distincte pourvu qu'un financement adéquat soit par ailleurs garanti⁵¹.

Cette approche est aussi appliquée à l'article 93 :

Le paragraphe 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* offre des garanties de même nature que celles prévues à l'art. 23 de la *Charte*, mais pour les aspects confessionnels de l'éducation au lieu des aspects linguistiques et culturels⁵².

Au sujet du financement, la règle est que celui-ci doit être équitable entre les écoles publiques et les écoles séparées. Il ne s'agit pas d'une égalité mathématique stricte ni d'une proportion purement formelle, comme en témoigne cette série d'extraits de décisions de la Cour suprême du Canada :

Bien que la notion de proportionnalité que renferme l'art. 20 de la *Loi Scott* soit un droit constitutionnel consacré au par. 93(1), il ne faut pas perdre de vue l'objet fondamental de cette notion: la création d'un système d'enseignement en vertu duquel les fonds provinciaux sont répartis de manière équitable et sans discrimination entre les écoles communes et les écoles séparées. Telle est la garantie fondamentale offerte par le par. 93(1). Comme l'a dit la Cour (le juge Gonthier) dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511, à la p. 567:

Lorsque l'on parle d'égalité, il faut l'entendre

⁵¹*Mahe*, *supra* note 21 à la p. 376.

⁵²OECTA, *supra* note 12 au para. 55.

dans le sens d'équivalence et non dans celui d'identité quantitative stricte, ainsi que l'exprime le juge Chouinard dans *Greater Hull*, précité, à la p. 591:

Ce qui importe davantage c'est la proportionnalité. Qu'elle soit sur la base de la population totale ou sur la base de la clientèle scolaire, le principe est reconnu d'une répartition *équitable et sans discrimination* [italiques du juge Gonthier]⁵³.

Or en ce qui a trait aux droits scolaires des minorités linguistiques, l'application d'un principe de proportionnalité, fût-il modifié dans le sens d'une «équivalence» plutôt qu'une «identité quantitative», risque de conduire à écarter l'aspect réparateur de l'article 23. Il va sans dire que les décennies d'incurie gouvernementale au sujet de l'enseignement en français hors du Québec ont contribué aux taux d'assimilation que nous connaissons aujourd'hui. La condition «là où le nombre le justifie» conduit les gouvernements à systématiquement questionner l'opportunité d'ouvrir de nouvelles écoles. Dans plusieurs endroits, en effet, les nombres d'enfants de parents qualifiés sont en baisse. Les coûts d'opération des établissements d'enseignement de la minorité peuvent s'avérer plus élevés que pour la majorité, sans compter qu'il faut souvent construire ces établissements puisqu'il n'existe aucune installation physique apte à accueillir les élèves francophones et leur offrir une instruction de qualité égale à celle de la majorité. Un financement «équivalent» et «proportionnel» à celui de la majorité omet l'impérieuse nécessité de réparer la situation et donc d'injecter dans les systèmes scolaires de la minorité les ressources nécessaires à cette fin.

⁵³*Ontario Home Builders Association c. Ontario (P.G.)*, [1996] 2 R.C.S. 929 au para. 73.

Toujours dans *Mahe*, la Cour a laissé entendre que le caractère réparateur de l'article 23 conduisait à un effort financier additionnel des provinces : Il convient de souligner que les fonds affectés aux écoles de la minorité linguistique doivent être au moins équivalents, en proportion du nombre d'élèves, aux fonds affectés aux écoles de la majorité. 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. Je suis persuadé que cela sera pris en considération non seulement dans la loi habilitante, mais aussi dans les débats budgétaires du conseil.

Le chiffre retenu pour les fins du financement sera normalement le nombre d'élèves qui reçoivent en fait l'instruction dans la langue de la minorité. Toutefois, au cours de la période initiale d'un programme d'enseignement dans la langue de la minorité, il semble raisonnable de prévoir un budget correspondant au nombre d'élèves qui, selon des prévisions réalistes, fréquenteront l'école lorsque le programme sera bien implanté. C'est peut-être là un exemple de circonstances particulières qui commande l'affectation de sommes plus élevées aux programmes d'enseignement pour la minorité. Cela pourrait être aussi une considération applicable au même titre à un programme dans la langue de la majorité pendant la période de démarrage⁵⁴.

On retrouve ici les traces du principe de financement proportionnel. Ces remarques de la Cour sont *obiter* ; par contre, son appréciation de la nécessité de ne pas traiter de la même manière minorité et majorité, au nom d'une incompréhension du principe d'égalité, trouverait facilement application dans le domaine du financement. D'ailleurs le concept de «réparation» qui tient lieu d'un des objets de l'article 23 n'a pas encore été exploité à son

⁵⁴*Mahe*, *supra* note 21.

maximum⁵⁵.

II - CONCLUSION

L'équilibre entre les conséquences asymétriques auxquelles conduit le fédéralisme dans la protection des minorités linguistiques, et les exigences unitaires des droits fondamentaux constitutionnels, n'est pas facile à réaliser. Les constituants ont préféré, en 1867, adopter une position souple : les régimes linguistiques provinciaux sont donc asymétriques. Cette approche a permis au Québec de se doter d'une politique linguistique robuste et efficace, puisqu'il a pu utiliser le véhicule législatif pour procéder à la mise en oeuvre d'une véritable politique linguistique axée sur une vigoureuse défense de la langue française sur son territoire. Mais en contre coup, elle a aussi permis aux provinces à majorité anglophone d'ignorer pendant longtemps, et parfois même de s'attaquer ouvertement, aux droits de la minorité francophone.

En matière scolaire, l'asymétrie a aussi régné : les droits des minorités religieuses ont varié d'une province à l'autre, le dispositif constitutionnel étant axé sur la préservation de droits acquis – la constitution elle-même a réservé un sort asymétrique aux minorités religieuses.

L'adoption de la *Charte* a entraîné une pression vers l'uniformisation : les droits sont les mêmes pour l'ensemble des Canadiens et Canadiennes. Mais les forces du fédéralisme ont une longue tradition au Canada. Les craintes d'une uniformisation du droit ne se sont pas matérialisées. Même autour de l'article 23, la prudence la plus élémentaire a conduit les tribunaux à ne pas imposer

⁵⁵Pierre Foucher, «Le potentiel réparateur des articles 23 et 24 de la Charte» dans Léger, Sylvie, dir., *De violations à réparations : symposium national sur la réparation constitutionnelle (selon les articles 23 et 24 de la Charte canadienne des droits et libertés, Ottawa, Centre canadien des droits linguistiques et Commission Nationale des Parents Francophones, 1997, aux pp 29-87.*

de norme précise et uniforme partout. Cette prudence salubre ne doit pas, cependant, servir de licence pour l'incurie. Nous continuons à prétendre que le fédéralisme ne doit pas servir d'alibi à la dilution des droits, pas plus que la norme du «nombre qui justifie». L'équilibre doit se réaliser dans le respect des deux objets fondamentaux de l'article 23 : la réparation et le maintien et le développement des minorités.

Dans ces limites, on pourra retrouver des conseils scolaires minoritaires régionaux ou provinciaux. Au-delà des pouvoirs découlant directement de l'article 23, ces conseils disposeront des mêmes pouvoirs que leurs homologues anglophones, pouvoirs qui tendent à varier d'une province à l'autre. De plus, la structure même d'un conseil scolaire, les modalités d'élection de ses membres, le droit de vote et la capacité d'y siéger, pourront varier d'une province à l'autre : certaines se contentent de restreindre ces facteurs aux critères stricts de l'article 23, d'autres vont les étendre au-delà des exigences strictes de la disposition. Il en va de même de l'admission aux écoles de la minorité. La *Charte* impose que l'on admette dans les écoles de la minorité les enfants des parents qui rencontrent les critères de l'article 23. Certaines provinces élargissent l'accès à ces écoles directement dans la loi : cet élargissement doit alors se mesurer à l'aune de l'article 23 et éventuellement de l'article premier qui permet d'imposer des limites raisonnables aux droits constitutionnels. Enfin, et c'est là la thèse que nous privilégions, on pourra remettre aux conseils scolaires de la minorité, voire même à des comités locaux guidés par une politique du conseil scolaire de la minorité, le soin d'ouvrir l'accès aux écoles de la minorité. En ce sens, la *Charte* doit être conçue comme un plancher et non un plafond. Au-delà des droits qu'elle confère, les provinces sont libres d'adapter leur système scolaire au gré des besoins. L'analyse des aspects servira de barème d'évaluation de toute réforme. En ce sens, d'ailleurs, les minorités francophones auraient intérêt à explorer de nouvelles modalités de gestion de l'instruction dans la langue de la minorité.

Nous avons proposé les éléments qui nous apparaissent devoir faire partie du contenu normatif de l'article 23. Les adaptations et la discrétion dans le choix des moyens, ainsi que le

légitime contrôle provincial sur l'éducation, servent un but précis : la poursuite de l'égalité réelle entre les communautés linguistiques du Canada en matière scolaire. Il reste encore beaucoup de chemin à parcourir.