
La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Mahé*

ANDRÉ BRAËN

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

RÉSUMÉ

L'affaire Mahé constitue la seconde intervention de la Cour suprême du Canada en ce qui concerne l'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés. L'auteur analyse le contenu de cette décision et évalue quel peut être son impact véritable.

ABSTRACT

The Mahé case is the second decision of the Supreme Court of Canada regarding section 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. The author comments this decision in analyzing its contents and assessing what would be its impact.

SOMMAIRE

Introduction	498
I. Au niveau de l'interprétation de l'article 23	499
A. L'objet de l'article 23	499
B. L'article 23 est le fruit d'un compromis politique	500
C. L'article 23 renferme sa propre notion d'égalité	501
D. L'article 23 constitue un ensemble au contenu variable	502
II. Au niveau du contenu des droits scolaires	503
III. Au niveau de la mise en œuvre des droits scolaires et des limites applicables	508
IV. Au niveau des formes de réparation	512
Conclusion	513

INTRODUCTION

1. L'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* confère aux parents qualifiés le droit constitutionnel de faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité linguistique officielle de la province où ils habitent. Il est inutile d'épiloguer longtemps sur l'importance que revêt pour les minorités de langue officielle l'application de cet article partout au Canada. C'est particulièrement le cas pour la minorité francophone des provinces qui, huit ans après l'entrée en vigueur de la Charte, sont toujours aussi peu empressées d'y donner suite... En mars 1990, la Cour suprême du Canada rendait sa décision, fort attendue, dans l'affaire *Mahé*¹.

2. La question principale soulevée par cette affaire se résume comme suit: « Dans quelle mesure la gestion et le contrôle d'une école de la minorité francophone à Edmonton doivent être confiés aux parents qualifiés en vertu de l'article 23? » Pour y répondre, la cour a dû préciser 1) l'objet et le mode d'interprétation de l'article 23; 2) le contenu des droits conférés par l'article 23(3)b), en particulier le droit de gestion et de contrôle des établissements scolaires de la minorité; 3) l'application effective de ce droit, en particulier face à la limite de la suffisance du nombre; 4) la relation existant entre les droits scolaires conférés à la minorité de langue officielle d'une province et les droits confessionnels enchâssés dans la constitution du Canada et 5) la conformité de la législation albertaine aux exigences découlant de l'article 23. Dans ce dernier cas, la décision de la Cour suprême suggère, à notre avis, quelle sera la forme de réparation que devront privilégier les tribunaux face à une violation des droits scolaires.

3. L'affaire *Mahé* constitue la seconde intervention du plus haut tribunal en la matière. Il faut en effet retourner en 1984 pour apprécier l'approche initiale de la cour lors de l'affaire *Quebec Association of Protestant School Boards c. P.G. du Québec*². La décision dans l'affaire *Mahé* est d'autant plus importante qu'elle permet, une fois pour toutes, d'associer le droit de gestion et de contrôle aux droits scolaires conférés par l'article 23 et de dégager les règles d'interprétation qui conviennent à sa mise en œuvre. C'est le juge en chef Dickson qui a rédigé la décision très élaborée à laquelle se rallièrent les autres membres du tribunal. Comme nous le disions, plusieurs aspects de l'article 23 ont fait l'objet d'une analyse par la cour. En quoi cette analyse jette-t-elle un éclairage nouveau en la matière? Quel peut être l'impact de cette décision? C'est ce que nous tenterons d'évaluer.

1. *Mahé et al. c. Sa Majesté la Reine du Chef de l'Alberta*, Cour suprême du Canada, [1990] 1 R.C.S. 342. Le jugement de première instance a été publié dans (1985) 39 Alta. L.R. (2d.) 215 et celui de la Cour d'appel de l'Alberta dans (1987) 42 D.L.R. (4th) 514.

2. [1984] 2 R.C.S. 6.

I. AU NIVEAU DE L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 23

4. Le libellé de l'article 23 est technique, long et complexe. Il a été rédigé d'une façon telle que l'intervention des tribunaux était inévitable et probablement souhaitée par le constituant lui-même. Inlassablement, les tribunaux saisis de cette question ont répété que l'article 23 doit recevoir une interprétation généreuse et libérale, surtout compte tenu de son caractère réparateur³. Dans l'affaire *Mahé*, la Cour suprême, tout en réitérant cette démarche, a quand même longuement insisté sur les principes qui doivent guider l'interprétation de cet article.

A. L'OBJET DE L'ARTICLE 23

5. La cour rappelle que l'interprétation de l'article 23, comme l'interprétation de toute disposition de la Charte, doit être concordante à l'objet ou au but poursuivi par le constituant. L'objet de l'article 23 est double. D'abord, il vise clairement à maintenir les deux langues officielles du Canada ainsi que les cultures qu'elles représentent et à favoriser leur épanouissement. L'article 23 cherche à atteindre ce but en accordant aux parents de la minorité linguistique des droits à un enseignement dispensé dans leur langue partout au Canada. Puis, l'article 23 constitue une mesure réparatrice. C'est le second aspect qui le caractérise.

6. Pour la Cour suprême, toute garantie linguistique est indissociable de la culture qui est véhiculée par cette langue. La langue fait partie intégrante de l'identité et de la culture du peuple qui la parle. Cette affirmation se fonde non seulement sur les conclusions du rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme mais aussi sur l'arrêt que le même tribunal rendait dans l'affaire *Ford*⁴. Il avait alors insisté sur l'importance de la langue comme moyen d'expression de l'identité culturelle. À l'heure du multiculturalisme, il faut donc noter cette référence faite par le tribunal à la notion de biculturalisme.

7. Quant au caractère réparateur de l'article 23, ce dernier avait déjà été reconnu par le même tribunal en 1984⁵. Le constituant a constaté les insuffisances dans ce domaine et il a voulu, au moyen de l'article 23, changer le *statu quo*. L'article est destiné à remédier sur le plan national à l'érosion progressive des minorités de langue officielle et à appliquer la notion de partenaires égaux des deux groupes linguistiques officiels dans le domaine de l'éducation⁶.

3. Pour une analyse de la jurisprudence sur cette question, voir: André BRAËN, « Les droits scolaires des minorités de langue officielle au Canada et l'interprétation judiciaire », (1988) 19 *R.G.D.* 311.

4. *Ford c. P.G. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712.

5. *Supra*, note 2.

6. En général, voir *supra*, note 1, pp. 362-365.

B. L'ARTICLE 23 EST LE FRUIT D'UN COMPROMIS POLITIQUE

8. On sait qu'en matière de droits judiciaires, la Cour suprême a opté pour une approche plus restrictive en invoquant le fait que les droits linguistiques constitutionnels constituent le résultat d'un compromis politique et que la progression vers l'égalité de statut et d'usage des deux langues officielles du Canada relève plutôt du processus législatif, particulièrement bien adapté à cet égard⁷. Aussi, selon elle, les tribunaux doivent veiller à ne pas donner une interprétation trop libérale aux dispositions linguistiques contenues dans la constitution canadienne de sorte à ne pas modifier ce compromis politique.

9. Cette interprétation a été reprise en matière de droits scolaires par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Mahé*⁸. Celle-ci a insisté sur le fait qu'il revient aux provinces de mettre en œuvre les garanties scolaires octroyées aux minorités de langue officielle par l'article 23. Ce dernier est manifestement le résultat d'un compromis politique et à ce titre, les tribunaux doivent veiller à ne pas donner une interprétation trop large de ses dispositions et ainsi respecter son caractère politique. L'article 23 est donc, ni plus ni moins, un compromis entre la compétence exclusive des provinces en matière d'éducation et l'idée de la protection d'un groupe minoritaire de langue officielle.

10. Dans l'arrêt *Mahé*, la Cour suprême, quoique d'accord avec ses décisions antérieures en matière de droits judiciaires et d'où provient cette théorie du compromis politique, a insisté sur le caractère inhabituel de l'article 23. Il est vrai que l'origine de cet article ainsi que sa forme commandent de la part des tribunaux une certaine prudence dans son interprétation. L'article 23 confère en effet des obligations positives à la charge des gouvernements de changer ou de créer d'importantes structures institutionnelles (les conseils scolaires). Mais la prudence ne doit pas, selon la Cour suprême, empêcher les tribunaux d'«insuffler la vie» à l'objet exprimé par l'article 23 et, s'il y a lieu, d'accorder les réparations nécessaires à la réalisation de cet objet. Autrement dit, même si l'article 23 est le fruit d'un compromis politique, c'est d'abord son objet que doivent considérer les tribunaux lorsqu'ils ont à l'interpréter et à décider des mesures de réparation en cas de violation. L'article 23 exige une approche libérale quoique prudente⁹.

7. *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460; *S.A.N.B. c. Minority Language School Board No. 50*, [1986] 1 R.C.S. 549; *Bilodeau c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 449.

8. *Supra*, note 1.

9. *Id.*, pp. 364-365. Voir aussi: *Renvoi relatif au projet de Loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, p. 1176, (J. WILSON).

C. L'ARTICLE 23 RENFERME SA PROPRE NOTION D'ÉGALITÉ

11. Certains tribunaux ont jugé que l'article 23 doit être interprété à la lumière d'autres dispositions de la Charte comme les articles 15 (droits à l'égalité) et 27 (multiculturalisme)¹⁰. Par exemple, pour la Cour d'appel de l'Ontario, l'article 23(3)b) doit être interprété comme signifiant que l'instruction offerte dans la langue de la minorité est de qualité comparable à celle offerte à la majorité et qu'elle l'est dans des établissements d'enseignement qui reflètent l'environnement culturel de cette minorité et qui lui appartiennent. D'autres ont jugé à cet égard que l'article 23 se suffit à lui-même et qu'il ne vise pas l'égalité parfaite dans ce domaine¹¹. Le même tribunal ontarien s'est fondé sur l'article 27 de la Charte pour insister sur les caractéristiques sociales et culturelles des écoles de la minorité. Mais le juge O'Sullivan de la Cour d'appel du Manitoba fut d'avis, quant à lui, que l'article 23 doit effectivement être interprété en regard de l'article 27 mais dans la mesure où s'il n'enclasse pas le principe du biculturalisme¹²... Le juge Monnin du même tribunal a jugé que, puisqu'historiquement la minorité francophone du Manitoba avait été l'objet de discrimination en matière scolaire, l'article 15 de la Charte exigeait de la part du législateur et du gouvernement des mesures propres à rectifier cette discrimination¹³.

12. La Cour suprême du Canada a finalement tranché dans ce domaine dans l'arrêt *Mahé*. Il est vrai que normalement il faut considérer l'interrelation des divers articles de la Charte canadienne. Mais cette considération n'est pas nécessaire en ce qui concerne l'interprétation de l'article 23. Ce dernier représente un code complet régissant les droits à l'instruction dans la langue de la minorité. Il est assorti de réserves et d'une méthode d'évaluation qui lui sont propres. Il est évident qu'il renferme une notion d'égalité entre les deux groupes linguistiques de langue officielle.

13. Même s'il contient intrinsèquement sa propre notion d'égalité, l'article 23 constitue une exception aux articles 15 et 27 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si c'est une exception, c'est simplement parce qu'il accorde aux deux groupes linguistiques officiels un statut spécial par rapport à tous les autres groupes linguistiques du Canada. S'il s'agit d'interpréter une disposition comme l'article 23 qui accorde des droits particuliers à deux groupes déterminés, il ne convient pas d'invoquer un principe d'égalité devant s'appliquer universellement¹⁴.

10. *Re Minority Language Education Rights*, (1984) 20 D.L.R. (3th) 491; *Marchand c. The Simcoe County Board of Education*, (1986) 55 O.R. (2d) 638.1.

11. *Re Minority Language Education Rights*, *supra*, note 10.

12. *Renvoi sur la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, Cour d'appel du Manitoba, le 6 février 1990.

13. *Ibid.*

14. *Supra*, note 1, pp. 368-369.

D. L'ARTICLE 23 CONSTITUE UN ENSEMBLE AU CONTENU VARIABLE

14. L'article 23 est évidemment constitué de plusieurs dispositions. Lorsqu'il s'agit d'interpréter une disposition particulière de l'article 23, il faut le faire par renvoi à l'ensemble de l'article. Selon la Cour suprême dans l'affaire *Mahé*, il faut interpréter l'article 23 comme attributif d'un droit général à l'instruction dans la langue de la minorité. Certaines de ses dispositions vont identifier les titulaires de ce droit (articles 23(1) et (2)) et d'autres précisent ce droit général (articles 23(3)a) et b)). Ainsi, l'article 23(3)a) prévoit que ce droit à l'instruction n'est garanti que lorsque le nombre d'élèves le justifie tandis que l'article 23(3)b) précise que ce droit comprend le droit à des établissements d'enseignement de la minorité linguistique lorsque le nombre le justifie également.

15. C'est dire que l'article 23(3)a) attribue un minimum, le droit à l'instruction dans la langue de la minorité, et que l'article 23(3)b) établit une gamme supérieure d'exigences institutionnelles. Dans ce dernier cas, la mise en place des établissements de la minorité peut varier de la simple école jusqu'au système autonome. C'est ce que la Cour suprême a appelé la méthode du critère variable, l'article 23 établissant une exigence variable dont le niveau inférieur est l'instruction (23(3)a)) et le niveau supérieur est l'établissement de la minorité (23(3)b)). Le contenu des droits est donc susceptible de varier entre ce minimum et ce maximum. L'idée qui fonde ce critère variable est que l'article 23 garantit le type et le niveau de droits et de services appropriés pour assurer l'instruction dans la langue de la minorité au nombre d'élèves en question.

16. La Cour suprême a réfuté la thèse qu'elle a appelée celle de la méthode des droits distincts. Selon cette méthode, l'article 23 comporterait deux droits distincts : l'un concerne l'instruction dans la langue de la minorité et l'autre est relatif aux établissements d'enseignement de cette minorité. Dans les deux cas, les droits seraient soumis au test de la suffisance du nombre. Ainsi, l'exigence d'un certain nombre d'élèves ouvrirait le droit à l'instruction, tandis que l'exigence d'un nombre plus élevé justifierait de plus un certain niveau d'établissement. Cette méthode pourrait, selon la cour, conduire à des résultats inacceptables. Par exemple, un nombre X d'élèves serait considéré comme garantissant le droit à un établissement géré et contrôlé par la minorité. À l'inverse, le même nombre X - 1 élève ne fonderait pas ce droit de gestion. Or, il existe une diversité de moyens possibles pour atteindre l'objet poursuivi par l'article 23.

17. La méthode retenue, celle du critère variable, est donc la seule qui, aux yeux de la cour, est susceptible d'assurer à la minorité de langue officielle d'une province la plénitude de protection que justifie son nombre. C'est une méthode qui concorde avec le texte de l'article 23 et qui est compatible avec son objet. L'article 23 prescrit que les gouvernements doivent faire ce qui est pratiquement faisable dans les circonstances pour maintenir et promouvoir l'instruction dans la langue de la minorité. Il faut

noter que, pour la Cour suprême, l'article 23 prescrit un minimum; les provinces sont évidemment libres d'y ajouter. Enfin, elle reconnaît toutefois que le critère variable dont il est question comporte en soi des limites; en particulier, la faiblesse du nombre d'élèves pourrait ne pas justifier un programme qualifié d'instruction dans la langue de la minorité¹⁵.

18. La Cour suprême a probablement retenu cette méthode du critère variable parce qu'elle apparaît à ses yeux susceptible d'offrir le maximum en matière de droits scolaires aux minorités de langue officielle. Elle a le mérite évident d'éviter d'enfermer la mise en œuvre des droits scolaires dans une formule trop rigide et dans laquelle l'établissement d'un nombre minimal d'élèves constituerait la pierre d'assise de tout le système. La formule s'inscrit toutefois dans la pensée du compromis politique qui laisse trop de discrétion au pouvoir en place en ce qui concerne la mise en œuvre des droits scolaires. Il reste à savoir comment les provinces vont exercer cette discrétion et si, effectivement, elles tenteront d'atteindre l'objet poursuivi par l'article 23. Dans ce domaine, ce sont les provinces qui, au premier chef, doivent « insuffler la vie » audit compromis.

II. AU NIVEAU DU CONTENU DES DROITS SCOLAIRES

19. On sait qu'il faut interpréter l'article 23 comme attribuant un droit général à l'instruction dans la langue de la minorité. Selon la Cour suprême, l'article 23(3) prescrit à cet égard une échelle dont le contenu varie d'un minimum (le droit à l'instruction) à un maximum (le droit à l'établissement géré par la minorité). Il demeure possible d'affirmer, sans renier cette formulation, que cette échelle au contenu variable permet aux parents qualifiés de prétendre à au moins trois droits distincts dont les modalités d'application diffèrent.

20. Il confère d'abord à ces parents le droit constitutionnel de voir leurs enfants instruits aux niveaux primaire et secondaire dans la langue de la minorité linguistique officielle de la province qu'ils habitent. Il leur confère en outre le droit à ce que cette instruction soit dispensée dans des établissements d'enseignement de cette minorité et financés à même les fonds publics. Enfin, il confère le droit à la minorité de langue officielle d'une province de gérer ses propres établissements d'enseignement. L'exercice de ces droits n'est évidemment pas absolu et il existe plusieurs limites. La Cour suprême n'a pas voulu s'étendre sur les droits à l'instruction et aux établissements. Ce n'était d'ailleurs pas l'objet du litige. Mais sa décision dans l'affaire *Mahé* a permis quand même de clarifier certains aspects de l'article 23.

15. *Id.*, pp. 365-368.

21. D'abord, quant au contenu du programme d'instruction, la cour a dû examiner la validité de la réglementation albertaine laquelle exige qu'environ 20 % du temps d'enseignement à l'intérieur du programme d'instruction en français soit consacré à l'enseignement de l'anglais. Selon le tribunal, une certaine quantité d'enseignement obligatoire de la langue seconde constitue une limite raisonnable au droit conféré par l'article 23. Mais ce sont les autorités publiques qui ont le fardeau de prouver que cette limite ne porte pas atteinte plus que nécessaire à ce droit. En l'absence d'une telle preuve, la Cour suprême a donc jugé invalide la réglementation en question¹⁶. On peut penser qu'une proportion trop élevée d'enseignement de la langue de la majorité à l'intérieur d'un programme d'instruction dans la langue de la minorité serait donc contraire à l'article 23 et en particulier, à l'objet poursuivi par cet article.

22. Quant à la qualité du programme d'instruction dispensé aux enfants de la minorité, on sait que l'article 23 repose sur un fondement d'égalité. Il s'ensuit que l'instruction offerte dans la langue de la minorité doit être de nature équivalente à celle offerte dans la langue de la majorité. Ce qui ne signifie pas qu'il faille tout dédoubler¹⁷. Un tribunal ontarien avait jugé que le constituant n'a pas voulu enchâsser dans la constitution, à l'article 23, un droit moindre, un droit inférieur pour la minorité¹⁸. Dans l'arrêt *Mahé*, même si la Cour suprême n'a pas voulu traiter de cette question, elle a néanmoins observé que dans les cas où le nombre justifie l'octroi d'un certain degré de gestion et de contrôle, la qualité de l'éducation donnée à la minorité doit en principe être égale à celle dispensée à la majorité. Cela ne signifie pas toutefois que la forme du système d'éducation fourni à la minorité soit identique à celle du système fourni à la majorité¹⁹.

23. Le droit à l'instruction doit nécessairement s'exercer quelque part. Lorsque le nombre le justifie, la minorité de langue officielle de chaque province possède le droit constitutionnel à ce que l'instruction dans sa langue soit dispensée dans des établissements qui sont les siens et financés à même les fonds publics. Dans l'affaire *Mahé*, la Cour suprême a jugé que le droit à l'instruction comprend déjà un droit implicite d'être instruit dans des établissements qui appartiennent à la minorité²⁰.

24. À cet égard, il faut aussi souligner que les membres du groupe minoritaire doivent souvent contester le caractère insuffisant des ressources scolaires mises à la disposition de leurs enfants. Le matériel pédagogique peut être de qualité inférieure; ou encore, certaines activités scolaires ou parascolaires sont offertes aux élèves de la minorité dans la langue de la

16. *Id.*, pp. 393-394.

17. *Commission des écoles fransaskoises c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1983] 3 W.W.R. 354.

18. *Marchand c. The Simcoe County School Board of Education*, *supra*, note 10.

19. *Supra*, note 1, p. 378.

20. *Id.*, pp. 369-370.

majorité uniquement. Dans l'affaire *Mahé*, la Cour suprême a précisé que les fonds affectés aux écoles de la minorité linguistique doivent être au moins équivalents en proportion du nombre d'élèves à ceux affectés aux écoles de la majorité. Dans certaines circonstances, ces écoles seraient même justifiées de recevoir un montant supérieur par élève à celui versé aux écoles de la majorité. De même, au cours de la période d'implantation d'un programme d'enseignement dans la langue de la minorité, il est raisonnable de prévoir un budget plus élevé²¹.

25. Finalement, l'affaire *Mahé* mettait directement en cause la question de savoir si l'article 23 confère à la minorité de langue officielle un droit de gestion et de contrôle sur ses établissements d'enseignement. Pour la Cour suprême, cet article s'inscrit dans l'engagement du Canada envers le bilinguisme et le biculturalisme. Lorsque le nombre le justifie, l'article 23 octroie à la minorité une certaine mesure de gestion et de contrôle. L'insertion à l'article 23(3)b de l'expression « établissements d'enseignement de la minorité linguistique » serait sans objet à moins de la considérer comme englobant un certain degré de gestion et de contrôle. Le texte de l'article 23 justifie donc de considérer cette expression comme fixant un niveau supérieur de gestion et de contrôle; d'autant plus que le texte français est plus clair à ce chapitre puisqu'il réfère aux établissements de la minorité²².

26. Cette interprétation est compatible, selon la cour, avec l'objet de l'article 23. D'abord, la gestion et le contrôle sont des éléments vitaux pour assurer l'épanouissement de la langue et de la culture de la minorité. Ils sont aussi nécessaires parce que plusieurs questions de gestion en matière d'enseignement comme le programme d'étude, les dépenses et le recrutement peuvent avoir des incidences sur les domaines linguistiques et culturels. En second lieu, parce que les minorités de langue officielle ne peuvent être certaines que la majorité tiendra compte de leurs préoccupations linguistiques et culturelles, cette interprétation concorde avec le caractère réparateur de l'article 23²³.

27. L'expression « droit de gestion et de contrôle » est utilisée couramment depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle est toutefois ambiguë et elle commande des précisions quant à son contenu et à sa forme. La Cour suprême a reconnu que l'expression peut viser la création d'un conseil scolaire indépendant en faveur de la minorité linguistique. Ce sera le cas lorsque le nombre d'élèves le justifiera et si c'est nécessaire pour véritablement atteindre l'objet de l'article 23. Il s'agit là du niveau maximum des droits octroyés par cet article. Il se peut d'autre part que la création d'un conseil séparé ne soit pas le meilleur moyen d'atteindre cet objectif; c'est le cas, en particulier, si le nombre d'élèves de la minorité

21. *Id.*, p. 378.

22. *Id.*, pp. 369-371.

23. *Id.*, pp. 371-373.

est plus petit. D'autres méthodes doivent être envisagées qui permettraient à la minorité de s'identifier avec ses écoles tout en participant à un organisme plus grand au moyen d'une représentation et de l'exercice d'un pouvoir exclusif. Cela éviterait l'isolement de la minorité et lui permettrait de bénéficier des ressources matérielles dont disposent les conseils scolaires de la majorité. Un tel isolement serait d'ailleurs nuisible et contribuerait à détériorer le statut du groupe minoritaire et les moyens dont il pourrait disposer²⁴. À l'inverse, il faut préciser que l'isolement constitue souvent — l'expérience le démontre —, la mesure la plus efficace pour freiner l'assimilation des élèves de la minorité.

28. Si le nombre ne justifie pas la création d'un conseil séparé, il peut être assez élevé pour justifier ce droit de représentation au sein du conseil de la majorité. L'idée essentielle à la base de cette représentation est que la minorité ait le contrôle sur tous les aspects de l'éducation qui concernent sa langue et sa culture. Comment? En assurant sa représentation au sein de conseils mixtes et en lui conférant un contrôle exclusif. Si ce droit de représentation se justifie, les principes suivants s'appliquent selon la Cour suprême :

- 1) La représentation de la minorité au sein des conseils locaux doit être garantie;
- 2) Le nombre de représentants de la minorité doit être au moins proportionnel au nombre d'élèves de la minorité qui relèvent du conseil;
- 3) Ces représentants doivent avoir le pouvoir exclusif de prendre des décisions quant :
 - aux dépenses de fonds prévues pour l'instruction dans la langue de la minorité,
 - à la nomination et la direction des administrateurs,
 - à l'établissement du programme scolaire,
 - au recrutement et l'affectation du personnel enseignant et autre, et
 - à la conclusion d'accords pour l'enseignement et les services dispensés aux élèves²⁵.

29. La cour n'a pas voulu expliquer plus en détail ce processus qui doit assurer le contrôle par la minorité de ses établissements. Elle a toutefois indiqué qu'il s'agit là d'un minimum et que les provinces sont libres d'y ajouter. Il revient aussi aux pouvoirs publics de répondre aux exigences de l'article 23 et de choisir le moyen pour atteindre son objet. À cet égard, il n'est pas nécessaire que la forme précise du système choisi soit identique à celle du système de la majorité. L'article 23 exige de la souplesse pour son application. Mais le principe de la représentation proportionnelle doit demeurer une constante à ce niveau. Ce sont les parents qualifiés au sens

24. *Id.*, pp. 373-376.

25. *Id.*, p. 377.

de l'article 23 qui doivent exercer ce contrôle ou encore, des personnes désignées par ces parents comme étant leurs représentants. Compte tenu du libellé de l'article 23, il se peut que soient inclus dans ce nombre des parents qui ne font pas partie de la minorité de langue officielle²⁶.

30. L'article 23 n'octroie pas, selon la Cour suprême, le droit de lever des impôts scolaires. Cela n'est pas essentiel au règlement des questions relatives à la sécurité linguistique et culturelle. L'article 23 garantit simplement que les écoles de la minorité recevront des fonds publics. Aussi, il n'est pas nécessaire que les fonds proviennent d'une assiette fiscale distincte. Mais là aussi se dégage une constante: un financement adéquat et au moins équivalent en proportion doit être garanti pour l'instruction dans la langue de la minorité. C'est un pouvoir de dépenser ces fonds qu'accorde l'article 23, *sauf* si la création d'un conseil scolaire indépendant est justifiée; dans ce dernier cas, la minorité aurait le pouvoir de lever ses impôts scolaires²⁷.

31. Enfin, il faut souligner que, selon la cour, le pouvoir exclusif de contrôle conféré aux parents de la minorité linguistique sur les aspects culturels et linguistiques de l'éducation n'exclut pas une certaine réglementation provinciale²⁸. Les provinces ont évidemment un intérêt à ce niveau. Des matières touchant, par exemple, l'apprentissage de la langue seconde ou l'histoire sont évidemment des questions culturelles. Il est à prévoir que des heurts se produiront entre les autorités provinciales et les minorités de langue officielle à cet égard.

32. Bien souvent, la minorité est dispersée et relativement peu nombreuse de sorte qu'à l'intérieur des frontières scolaires traditionnelles, sa présence est faible. Dans certaines provinces, les organismes porte-parole de la minorité ont proposé l'adoption de modèles tendant à regrouper sous une même direction toutes les composantes de l'éducation de la minorité. Les tribunaux ont refusé d'indiquer aux provinces le chemin à suivre. Ce qui signifie que les membres du groupe minoritaire doivent se battre contre les autorités scolaires en place et tenter d'influencer l'administration provinciale. Alors que la situation exige le regroupement, la référence aux frontières et structures actuelles et le respect intégral de la compétence provinciale en matière d'éducation par les tribunaux favorisent le *statu quo*.

33. À cet égard, la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Mahé* représente donc sur le plan juridique et politique un gain substantiel pour les minorités de langue officielle. Elle est peut-être susceptible de briser le *statu quo* qui existe dans plusieurs provinces. Elle reconnaît clairement que l'article 23 octroie un droit de gestion et de contrôle et elle précise, d'une manière générale certes, le contenu et la forme d'application de ce droit. Mais la décision est tout de même fort prudente. Le conseil scolaire séparé

26. *Id.*, pp. 378-380.

27. *Ibid.* Voir aussi la page 383 du jugement.

28. *Id.*, p. 380.

sur la base linguistique ou le droit de participation au sein des structures de la majorité constituent en effet la « gamme supérieure » des droits octroyés par l'article 23. Ces structures ne pourront être mises en place que si le nombre d'élèves de la minorité le justifie. En cas contraire, toute autre forme demeure possible en autant qu'elle s'inscrive à l'intérieur de l'objet poursuivi par l'article 23. Lorsque le nombre ne justifie que la « gamme inférieure », on peut se demander si l'application de l'article 23 se résumera à offrir l'instruction proprement dite dans la langue de la minorité, assortie, peut-être, d'un droit de consultation en faveur de cette minorité, sans pouvoir décisionnel véritable. Quoi qu'il en soit, il ressort de cette décision que chaque cas devra être évalué selon les circonstances qui lui sont propres. Ce qui est bien assez pour prédire un accroissement des litiges scolaires.

III. AU NIVEAU DE LA MISE EN OEUVRE DES DROITS SCOLAIRES ET DES LIMITES APPLICABLES

34. Selon la jurisprudence, il faut retenir que le constituant n'a pas voulu que la mise en œuvre des droits scolaires octroyés par l'article 23 soit graduelle. Il connaissait bien les régimes scolaires applicables en 1982 et l'article 23 vise spécifiquement à les rectifier²⁹. C'est donc la responsabilité du législateur de chaque province d'édicter des lois pour donner suite efficacement à ces droits. Les tribunaux de l'Ontario, de l'Île-du-Prince-Édouard et du Manitoba ont jugé que le silence du législateur à cet égard est déterminant. La législation qui ne prévoit pas la mise en œuvre de l'un ou l'autre des droits scolaires constitutionnels n'est pas conforme à la constitution³⁰. Par exemple, en matière de gestion des établissements d'enseignement de la minorité, si un législateur n'a rien prévu, cela doit être considéré comme inéquitable; l'inaction peut placer les membres du groupe minoritaire dans une situation de dépendance par rapport à un conseil scolaire qui manifesterait une attitude négative³¹. Le fait qu'une législation scolaire ait été adoptée avant l'entrée en vigueur de la Charte canadienne en 1982, n'est pas non plus un facteur justifiant l'inaction dans ce domaine³². La Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Mahé* a jugé, à l'inverse, que le silence du législateur ne pouvait contredire les dispositions de l'article 23³³.

29. *Quebec Association of Protestant School Boards c. P.G. Québec*, *supra*, note 2; *Marchand c. The Simcoe County School Board of Education*, *supra*, note 10.

30. *Re Minority Language Educational Rights*, *supra*, note 10; *Re Reference Respecting The School Act, P.E.I., and Minority Language Educational Rights*, (1988) 69 N.F.L.D. & P.E.I. R. 236; *Renvoi sur la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, *supra*, note 12.

31. *Marchand c. The Simcoe County School Board of Education*, *supra*, note 10.

32. *Re Reference Respecting The School Act, P.E.I. and Minority Language Educational Rights*, *supra*, note 30.

33. *Supra*, note 1.

35. La Cour suprême, quant à elle, a distingué deux situations. S'il s'agit d'une loi qui contredit l'article 23 ou qui empêche l'exercice des droits conférés, le tribunal doit l'invalider. Mais si la loi en cause crée simplement une faculté, en ce sens qu'elle n'empêche pas les autorités publiques d'agir conformément à la Charte canadienne, sans non plus garantir que cette dernière sera respectée, le tribunal ne doit pas nécessairement conclure à l'invalidité de la loi. Il doit considérer deux facteurs à cet égard. Il doit d'abord s'interroger sur les effets pouvant découler d'une déclaration d'invalidité. Si celle-ci a pour effet de créer un vide législatif, cela n'améliorerait pas la situation de la minorité. Cela pourrait même l'aggraver dans la mesure où les autorités publiques seraient momentanément empêchées d'exercer leur pouvoir pour modifier le système en place et le rendre conforme aux exigences de l'article 23. En second lieu, le droit conféré par l'article 23 n'est pas un droit à un régime législatif particulier. Il s'agit plutôt du droit à un certain type de système d'éducation. Ce qui est important, c'est que la minorité reçoive les services et les pouvoirs appropriés. Le mode d'attribution de ces services et pouvoirs n'entre pas directement en cause. C'est pourquoi, malgré le silence de la loi albertaine, la Cour suprême a préféré s'en tenir à une déclaration des droits de la minorité. Une telle approche laisse toute la latitude voulue pour que la province agisse. Mais la cour a tout de même spécifié qu'une fois ces droits déclarés, il incombe à la législature et au gouvernement d'agir³⁴.

36. Quant aux limites de l'article 23, on sait que les droits scolaires s'exercent partout dans la province où un nombre suffisant d'enfants de parents qualifiés le justifie. L'existence d'un nombre suffisant pour justifier la création d'un programme d'instruction ou d'une école dépend de nombreux facteurs tels le territoire scolaire, le site, les moyens de transport, l'âge des élèves, etc.

37. Dans l'affaire *Mahé*, la Cour suprême n'a pas voulu discuter du nombre suffisant d'élèves dans le cadre de la création d'un programme d'instruction dans la langue de la minorité, pas plus qu'elle n'a voulu préciser le contenu de ce programme. En fait, elle a abordé cette question de la suffisance du nombre nécessaire dans le cadre de l'exercice du droit de gestion et de contrôle, c'est-à-dire de la mise en œuvre de la gamme supérieure des droits scolaires octroyés par l'article 23. Elle a toutefois fait remarquer que, pédagogiquement, l'instruction dans la langue de la minorité exige la présence de plus d'un élève³⁵.

38. Nous pensons qu'il est difficile d'isoler les propos de la Cour suprême concernant le nombre d'élèves jugé nécessaire pour justifier l'exercice du droit de gestion et de contrôle de la question concernant la suffisance du nombre requis pour justifier l'exercice du droit à l'instruction dans la langue de la minorité. C'est ainsi que, selon la Cour suprême, le

34. *Id.*, pp. 389-393.

35. *Id.*, p. 367.

critère qui doit être retenu par les tribunaux lorsqu'ils ont à étudier la question de la justification par le nombre, est celui qui se situe entre la considération de la demande actuelle (le nombre existant d'élèves recevant l'instruction) et la demande potentielle (le nombre éventuel d'élèves qui recevront les services). En fait, c'est la considération du nombre d'élèves qui *en définitive* se prévaudront du programme d'instruction ou de l'établissement d'enseignement qui doit être retenue. Ce nombre ne sera pas un chiffre exact mais approximatif et il s'inscrira entre les paramètres déjà signalés, à savoir la demande existante et la demande potentielle³⁶.

39. De plus, selon la Cour suprême, la question de la justification par le nombre requiert effectivement la considération d'autres facteurs, dont le caractère approprié sur le plan pédagogique des services offerts et les coûts de ces services. Sur le plan pédagogique, on reconnaît l'existence d'un seuil numérique minimal pour que les services éducatifs ou l'existence des établissements puissent se justifier. Sur le plan des coûts, il faut retenir que l'article 23 ne crée pas un droit absolu, ce qui signifie que les autorités doivent faire ce qui est économiquement faisable. Mais la cour a ajouté que le caractère réparateur de l'article 23 laisse entendre que ce sont les considérations pédagogiques qui devront peser plus lourd. Enfin, d'autres considérations pourront s'imposer d'elles-mêmes selon la cour, comme la nécessité de recourir ou non au transport des élèves ou comme le caractère urbain ou rural de la région à desservir. À ce niveau, elle a fait remarquer que l'article 23 s'exerce partout dans la province où le nombre le justifie, ce qui implique que les autorités ne doivent pas se limiter aux subdivisions scolaires existantes³⁷.

40. Lorsque la Cour suprême a rendu sa décision dans l'affaire *Mahé*, il existait en Alberta 146 districts scolaires dont 47 comptant moins de 500 élèves. Parmi ces 47 districts, 25 comptaient moins de 100 élèves et 4 en comptaient moins de 50. À Edmonton même, la cour a estimé à environ 3 750, le nombre d'enfants d'âge scolaire de parents qualifiés en vertu de l'article 23. Quant à l'école primaire francophone, celle-ci comptait 242 élèves et avait une capacité de 720 élèves. La cour n'a pas tenu compte de l'existence d'une école secondaire francophone. Elle a conclu que le nombre justifiait à Edmonton l'existence d'un programme d'enseignement dans la langue de la minorité mais non l'existence d'un conseil scolaire francophone autonome. Elle a toutefois jugé le nombre suffisant pour justifier au sein du conseil scolaire existant, la représentation de la minorité francophone avec un droit exclusif de gestion et de contrôle³⁸. C'est à la minorité de démontrer le caractère suffisant du nombre d'élèves.

41. La reconnaissance d'un droit de gestion en faveur de la minorité francophone d'Edmonton constitue un acquis considérable. Nous sommes

36. *Id.*, pp. 384-386.

37. *Ibid.*

38. *Id.*, pp. 386-389.

toutefois surpris de constater que, malgré une approche fort généreuse, la Cour suprême a conclu que la situation réelle de la francophonie dans cette ville n'exigeait pas l'établissement d'un conseil scolaire autonome en faveur de la minorité. Nous sommes encore plus surpris que la cour ait considéré l'unique cas de l'école primaire francophone plutôt que de porter un jugement sur l'ensemble de la situation prévalant à Edmonton. À la décharge de la cour, il faut noter que celle-ci a bien insisté sur le caractère temporaire de l'exercice. La justification par le nombre doit en effet être envisagée à la lueur de chaque cas particulier. La suffisance du nombre ne constitue pas une norme explicite. Sa vérification par les tribunaux devra se faire à la lumière des circonstances propres à chaque cas. Un changement substantiel du nombre devra donc conduire à une réévaluation de la situation.

42. Outre la limite du nombre, il existe aussi d'autres limites à l'application de l'article 23. Évidemment, l'article 1 de la Charte canadienne peut constituer une limite à cet égard. Par exemple, l'enseignement obligatoire de la langue de la majorité au sein du programme d'instruction dans la langue de la minorité peut constituer, comme on l'a vu, une limite raisonnable et qui se justifie dans une société libre et démocratique. Mais il revient aux autorités publiques de démontrer ce caractère.

43. La Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Mahé* avait aussi jugé que les droits scolaires octroyés à la minorité de langue officielle sont limités par les droits confessionnels protégés par la constitution en vertu de l'article 29 de la Charte canadienne³⁹. Cet article prévoit simplement que les dispositions de la Charte ne portent pas atteinte aux droits ou privilèges garantis par la constitution aux écoles séparées et autres écoles confessionnelles. La Cour suprême, quant à elle, a tenu à préciser la relation qui existe entre les droits scolaires garantis par l'article 23 de la Charte et les droits confessionnels protégés par la constitution canadienne. Cette dernière protège les aspects confessionnels de l'éducation et les aspects non confessionnels liés aux garanties confessionnelles existant à l'époque de la confédération ou de l'union d'une province. Les provinces possèdent donc un plein pouvoir de réglementation en matière d'éducation pourvu que celles-ci ne menacent pas l'existence des écoles séparées et ne touche pas à leur caractère confessionnel. Or, l'article 23 de la Charte confère des pouvoirs en matière de gestion scolaire; il s'agit là de la réglementation d'un aspect non confessionnel de l'enseignement, à savoir la langue d'enseignement. Les droits confessionnels ne peuvent donc constituer une limite à l'article 23⁴⁰.

44. Selon la cour, l'article 23 ne reconnaît pas à une minorité de langue officielle le pouvoir de lever des impôts, sauf si le nombre d'élèves justifie la création d'un conseil scolaire indépendant. Mais le droit de gestion

39. *Supra*, note 1.

40. *Id.*, pp. 380-384. Voir aussi: *Commission des écoles protestantes du Grand Mont-réal c. P.G. Québec*, [1989] 1 R.C.S. 377.

implique en faveur de cette minorité un pouvoir de dépenser les fonds consacrés à l'enseignement dans la langue de la minorité. Ce pouvoir ne modifie pas le caractère confessionnel des écoles séparées. Même si le nombre justifie un conseil scolaire indépendant, cela n'affectera pas nécessairement les droits confessionnels parce qu'il demeure possible de constituer des conseils scolaires de la minorité sur une base confessionnelle. La cour a donc admis que le respect de l'article 23 de la Charte et des droits confessionnels constitutionnels peut effectivement se traduire par une organisation scolaire quadripartite, c'est-à-dire une situation où des élèves de la minorité seraient des élèves confessionnels tandis que d'autres seraient non confessionnels. Si les droits confessionnels peuvent être une limite à l'article 23, c'est uniquement au niveau du genre de réorganisation que l'article 23 exige et non au niveau de son application⁴¹. La coexistence paisible des droits scolaires et des droits confessionnels enchâssés dans la constitution ne se fera donc pas nécessairement sans heurt. Il faut comprendre qu'elle exigera dans certains cas le maintien d'une organisation lourde sur le plan de son administration et coûteuse quant à son fonctionnement. Cela pourra conduire à des tensions linguistiques de plus en plus vives. Par exemple, aujourd'hui même à Montréal, c'est une des tâches qui revient à la commission des écoles protestantes, un organisme géré et contrôlé par la minorité anglophone, que d'intégrer *via* son réseau d'écoles françaises des milliers d'élèves allophones au sein de la majorité francophone; une tâche que d'aucuns trouvent aberrante dans le contexte québécois.

IV. AU NIVEAU DES FORMES DE RÉPARATION

45. La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Mahé* jette un peu d'éclairage nouveau sur la forme de la réparation que les tribunaux devront privilégier dans ce domaine. Si une disposition législative est en contradiction avec l'article 23 ou, comme nous l'avons vu, empêche l'exercice des droits qu'il confère, les tribunaux doivent l'invalidier. Si la loi est autrement silencieuse sur la question, on sait que la Cour suprême a refusé pour autant de conclure à son invalidité. Une déclaration d'invalidité pourrait même, selon elle, retarder la mise en œuvre de l'article 23⁴².

46. En vertu de la méthode du critère variable, c'est le contenu même des droits et des formes que revêtiront leur application qui est susceptible de varier selon les circonstances propres à chaque cas. Or, à ce niveau, l'article 23 ne confère aucun droit à un régime législatif particulier. Tous les moyens peuvent être envisagés pour mettre en œuvre les droits scolaires.

41. *Ibid.*

42. *Supra*, note 1, pp. 363-364.

La discrétion dans ce domaine appartient aux autorités publiques. C'est pourquoi la Cour suprême semble privilégier, comme étape essentielle, une déclaration des droits des membres de la minorité linguistique. Une fois ces droits déclarés, le législateur et le gouvernement devront y donner suite rapidement. Pour la Cour suprême, la déclaration des droits constitue nécessairement une garantie que les droits scolaires vont se concrétiser et elle laisse toute la souplesse requise au gouvernement pour élaborer une solution.

47. À notre avis, cette approche a été féconde en ce qui concerne le cas d'Edmonton. Mais le même exercice devra-t-il être répété pour chacune des régions et provinces où vivent des membres de la minorité linguistique? La Cour suprême a bien signalé à ce chapitre que chaque cas doit être examiné au mérite. La cour semble donc miser à la fois sur la bonne foi des autorités publiques et sur l'intervention judiciaire en cas d'inaction. L'activisme judiciaire s'inscrit bien dans la logique d'une charte des droits lorsqu'il s'agit de protéger des droits et libertés fondamentaux. Ces droits et libertés sont des attributs naturels de l'individu qui s'accommodent mal de l'intervention de l'État, si ce n'est pour leur promotion. D'où l'importance du rôle joué par les tribunaux qui peuvent sanctionner les violations qui découlent de l'intervention de l'État. Mais les droits linguistiques, qu'on a assimilés à cause de leur importance au Canada à des droits fondamentaux, demeurent différents par nature et nécessitent quant à leur mise en œuvre l'intervention positive de l'État. L'interventionnisme judiciaire ne demeure à cet égard qu'un palliatif si, à notre avis, il se contente de déclarer les droits sans aller jusqu'à la coercition.

CONCLUSION

48. Il faut saluer cette décision. Le message qu'elle propose aux autorités publiques de tout le pays est un message de générosité. Même si l'article 23 n'est pas à bout de clarification judiciaire, la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Mahé* apporte des précisions non négligeables dans ce domaine. Il s'agit de guides qui devront être respectés autant par les législateurs que par les tribunaux. La reconnaissance explicite du droit de gestion en faveur des minorités linguistiques officielles constitue un acquis considérable, surtout pour la minorité francophone des quelques provinces caractérisées par leur mesquinerie à cet égard.

49. C'est au niveau de la mise en œuvre des droits scolaires que le bât blesse. La décision de la Cour suprême confirme l'attitude dans laquelle se cantonne le pouvoir judiciaire. Certes, ce jugement illustre l'utilité du recours judiciaire comme instrument de déclaration des droits. Mais lorsqu'il s'agit de voir à la mise en œuvre effective de ces droits, lorsqu'il s'agit d'évaluer l'exercice par les provinces de leur discrétion dans ce

domaine, l'attitude des tribunaux, y inclus celle de la Cour suprême, apparaît beaucoup plus mitigée, plus soucieuse de respecter la compétence des provinces et en quelque sorte, de ne pas heurter la sensibilité politique. Cette attitude compromet l'efficacité du recours judiciaire, en particulier sous l'empire de l'article 24 de la Charte canadienne, comme instrument de sanction dans les cas de violation.

50. Il s'ensuit qu'en matière de droits scolaires, l'approche cas par cas sera fort probablement retenue sur le plan judiciaire. Nous croyons qu'elle générera davantage de recours devant les tribunaux. Il y aurait peut-être lieu que les minorités de langue officielle songent davantage à des recours de nature coercitive, comme l'action en dommages ou l'injonction. La multiplication des litiges ne sera évitée que si toutes les provinces — quelques-unes le font déjà — fournissent ultimement à tout élève membre de la minorité linguistique, des services éducatifs dans sa langue et reconnaissent à cette minorité le droit de gestion et de contrôle de l'éducation ainsi dispensée. Les minorités de langue officielle doivent continuer de mener simultanément leur combat sur les plans politique et judiciaire. C'est quand même curieux, sinon scandaleux, que ce combat se poursuive huit ans après l'adoption de la Charte canadienne.