

**Le droit à l'instruction en français
dans les provinces canadiennes à majorité anglophone :
le statut des enfants de parents immigrés**

YVES LE BOUTHILLIER*

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

RÉSUMÉ

Dans chaque province et territoire canadien, l'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés garantit un droit à l'instruction primaire et secondaire dans la langue de la minorité francophone ou anglophone de cette province ou territoire. Toutefois, ce droit n'est conféré qu'à certaines catégories de personnes dont sont exclus, entre autres, les non citoyens. Depuis quelque temps, certaines provinces à majorité anglophone étudient la possibilité et l'avantage de modifier leur législation scolaire afin d'accorder le droit à l'instruction en français à tous les immigrants et immigrantes dont la première langue au Canada est le français. Dans le texte qui suit l'auteur suggère qu'une telle modification ne serait pas contraire à l'article 23.

ABSTRACT

In every Canadian province and territory, section 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees a right to receive primary and secondary school instruction in the language of the French or English linguistic minorities of that province or territory. However, this right is conferred only upon specific categories of persons from which are excluded, among others, non-citizens. Recently, some provinces with an English majority population have given some thought to the possibility and desirability of amending their school legislation in order to grant a right to French instruction to all immigrants whose first language in Canada is French. In this article the author suggests that such an amendment would not be contrary to section 23.

SOMMAIRE

Introduction 256

* Je tiens à remercier Ronald Caza et Sylvie Léger pour leur collaboration à la recherche ainsi que Marc Cousineau, Hélène Laporte et Michel Morin pour leur révision du texte et leurs commentaires.

I. La jurisprudence.....	259
II. La doctrine	263
III. Compatibilité avec le texte de l'article 23.....	265
IV. Compatibilité avec l'objet de l'article 23	266
V. Compatibilité avec les autres articles de la Charte	267
Conclusion.....	268

INTRODUCTION

L'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ a pour objet de conférer aux minorités de langue officielle le droit à l'instruction dans leur langue. La définition des titulaires de ce droit ne reflète, toutefois, qu'en partie cet objectif. Le libellé de l'article identifie les titulaires suivants :

23.(1) Les citoyens canadiens

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

b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,

ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.

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

Notons que l'article 59 de la Charte prévoit que l'article 23(1)a) n'entrera en vigueur au Québec que si l'assemblée législative ou le gouvernement de cette province y donne son assentiment².

Seul l'article 23(1)a) vise directement les membres de la communauté linguistique minoritaire³, puisqu'en vertu des articles 23(1)b) et 23(2), les membres du groupe majoritaire qui ont fait des études primaires dans la langue de la minorité

1. 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 [ci-après la Charte].

2. L'article 59 se lit comme suit :

59(1) L'alinéa 23(1)(a) entre en vigueur pour le Québec à la date fixée par la proclamation de la Reine ou du gouverneur général sous le grand sceau du Canada.

(2) La proclamation visée au paragraphe (1) ne peut être prise qu'après l'autorisation de l'assemblée législative ou du gouvernement du Québec.

3. L'article 23(1)a) ne vise toutefois pas que les membres de la minorité linguistique, puisque dans une province à majorité anglophone, par exemple, cet article permettrait l'inscription d'un enfant anglophone à une école française si la première langue apprise et encore comprise de l'un de ses parents est le français.

ou dont l'un des enfants étudie ou a étudié dans cette langue peuvent être titulaires⁴. Certains membres de la communauté majoritaire ont donc le privilège de se prévaloir des droits consacrés par l'article 23. L'article ne vise par contre que les personnes qui jouissent de la citoyenneté canadienne et, par conséquent, il ne confère aucun droit aux enfants de parents immigrés dont la langue maternelle est celle de la minorité linguistique.

Cette spécificité des titulaires est l'aboutissement d'un long débat politique sur les droits linguistiques dans l'enseignement. Amorcé en 1968, avec la parution du rapport sur l'éducation de la Commission Laurendeau-Dunton⁵ et la crise scolaire à la Commission scolaire de Saint-Léonard⁶, ce débat est arrivé à son dénouement en novembre 1981, avec l'adoption de l'article 23 par le gouvernement fédéral et les législatures des neuf provinces à majorité anglophone. L'article 59 a été une concession de toute dernière minute, dans l'espoir de convaincre le Québec d'adhérer à l'entente constitutionnelle⁷, qui s'est révélée vaine.

Bien que les propositions fédérales favorisaient initialement le libre choix de la langue d'enseignement⁸, ultimement plusieurs personnes ont fait les frais des tractations politiques qui ont précédé l'adoption du libellé final de l'article 23. L'article exclut les personnes qui n'ont pas la citoyenneté canadienne, les enfants de parents dont la première langue apprise n'est pas le français mais qui ont étudié l'une ou l'autre de ces langues à l'étranger, ainsi que les parents dont un enfant a fréquenté ou fréquente, à l'extérieur du Canada, une école dont la langue d'enseignement est le français ou l'anglais.

Dans le texte qui suit nous effleurons à peine les raisons qui ont amené le gouvernement fédéral à passer de la thèse du libre choix à l'actuel article 23, et seulement quand il semble opportun de le faire pour les fins de l'argumentation qui suit; d'autres ont déjà abordé la question⁹. Nous analysons plutôt le problème qui nous intéresse dans une perspective d'avenir, en cherchant à déterminer si, dans l'état actuel du droit constitutionnel canadien, une législature d'une province à majorité anglophone pourrait élargir les classes de titulaires prévues à l'article 23 pour inclure à la fois les personnes ayant la citoyenneté canadienne et celles ayant

4. Pour se qualifier en vertu des articles 23(1)b) et 23(2), il faut que les parents ou les enfants, selon le cas, aient reçu leur instruction dans des programmes réguliers de la minorité linguistique et non dans des programmes d'immersion. Dans l'affaire *Whittington c. Saanich*, (1987) 16 B.C.L.R. 255 (S.C.) à la p. 255, la Cour déclare : « The right that is conferred by s. 23 is the right to be educated in an educational programme in which French or English is used as a primary language, a right which I stated earlier is extended to a linguistic minority not a linguistic majority ».

5. COMMISSION LAURENDEAU-DUNTON, *Rapport sur l'éducation de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, livre 2, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 23 mai 1968.

6. Le débat sur la langue de l'instruction au Québec a débuté en 1968, lorsque la Commission scolaire de Saint-Léonard a adopté une résolution pour imposer l'enseignement du français sur son territoire. Cette mesure touchait particulièrement les enfants de parents immigrés d'origine italienne.

7. P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1985, p. 820.

8. CANADA, *La Constitution canadienne et le citoyen*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969; voir aussi les recommandations du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, Rapport final, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1972.

9. Voir en particulier J.-P. PROULX, « Le choc des Chartes : histoire des régimes juridiques québécois et canadien en matière de langue d'enseignement », (1989) 23 *R.J.T.* 67 pour une excellente chronologie des événements menant à l'adoption de l'article 23.

le statut de résidents permanents, dont la première langue officielle au Canada est le français¹⁰. Cette question n'est pas d'un intérêt purement théorique; elle a déjà fait l'objet de discussions dans plus d'une province canadienne. En 1990, par exemple, le gouvernement libéral de l'Ontario, avant sa défaite aux élections, avait sondé le puits de groupes franco-ontariens afin de connaître leur opinion sur le bien-fondé d'un tel élargissement. Dans un document intitulé « Document de consultation sur les initiatives concernant la gestion de l'éducation en langue minoritaire »¹¹, le gouvernement recommandait de modifier la définition de « francophone » et de « contribuable francophone » dans la *Loi sur l'éducation*¹² afin d'ajouter aux titulaires prévus à l'article 23 « les citoyennes, citoyens, résidentes et résidents permanents » appartenant à l'une des trois catégories suivantes :

- 1) les personnes dont la première langue officielle du Canada apprise et encore comprise est le français;
- 2) les personnes qui ont reçu un enseignement élémentaire en français dans un pays de résidence autre que le Canada, dans une école où le français était la langue d'enseignement;
- 3) les personnes dont un enfant a reçu ou reçoit l'enseignement élémentaire ou secondaire dans un pays de résidence autre que le Canada, dans une école où le français était ou est la langue d'enseignement.

En novembre 1990, le gouvernement ontarien établissait le Comité consultatif sur la gestion de l'éducation en langue française, lequel a rendu son rapport public en septembre 1991. Tout en recommandant la création d'un groupe de travail qui se pencherait sur la définition du terme « francophone » dans la *Loi sur l'éducation*¹³, le Comité s'est dit favorable à l'élargissement de cette définition :

Notre Comité reconnaît que les opinions de la communauté franco-ontarienne à ce sujet sont divisées. Nous croyons cependant que, quel que soit son pays d'origine, tout francophone qui choisit le français comme sa langue officielle au Canada devrait avoir le droit de fréquenter une école de langue française. De plus, une fois qu'un enfant a été admis dans une école de langue française, ses parents devraient avoir le droit [...] de participer à la prise en main et à la gestion de l'éducation donnée dans cette école.¹⁴

10. À l'heure actuelle, les quelques provinces qui ont adopté des dispositions législatives en la matière limitent expressément le droit à l'instruction en français aux personnes prévues à l'article 23 de la Charte. Voir, par exemple : en Alberta, la *School Act*, S.A. 1988, c. S-3.1, art. 5(1); en Colombie-Britannique, la *School Act*, S.B.C. 1989, c. 61, art. 5(2); à l'Île-du-Prince-Édouard, la *Schools Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-2, art. 47; en Ontario, la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, c. E-2, art. 288, 289(1) et 291(1); cette loi prévoit, en outre, aux articles 289(6) et 291(6), le droit à l'instruction en français pour une personne non visée par l'article 23 de la Charte, au gré « des membres du comité d'admission constitué par le conseil et composé du directeur de l'école où la demande est faite, d'un enseignant qui dispense son enseignement en français dans cette école et d'un agent de supervision francophone »; au Yukon, la *Education Act*, S.Y. 1989-90, c. 25, art. 56. Les lois scolaires du Manitoba, du Nouveau-Brunswick, de la Saskatchewan, de Terre-Neuve et des Territoires du Nord-Ouest ne précisent pas qui a droit à l'instruction en français. Enfin, selon la loi scolaire de la Nouvelle-Écosse, pour déterminer l'étendue d'une région desservie par une école acadienne, le critère à considérer est le nombre d'enfants dont la première langue apprise et encore comprise est le français : voir *An Act Respecting Education*, R.S.N.S. 1989, c. 136, art. 4(b)(ii).

11. Il s'agissait d'un document de consultation distribué en nombre limité à des groupes franco-ontariens s'intéressant à l'instruction en français en Ontario.

12. L.R.O. 1990, c. E-2, art. 288.

13. Ontario, *Rapport du groupe consultatif sur la gestion de l'éducation en langue française*, septembre 1991, p. 70.

14. *Id.*, p. 69.

L'élargissement de l'article 23 a également fait l'objet d'une réflexion de la part du Comité de coordination pour la gestion et le contrôle des écoles françaises par les francophones, en Saskatchewan. Dans son rapport, le Comité formule les recommandations suivantes :

Le Comité reconnaît qu'il y a des élèves, autres que ceux protégés par la Charte, qu'il serait souhaitable d'admettre dans les écoles francophones, par exemple : les enfants francophones de parents immigrés au Canada; les familles de la Saskatchewan d'origine ethnique française ne comprenant plus le français; et les anglophones formant une petite minorité dans une communauté fransaskoise qui préfèrent utiliser l'école fransaskoise locale plutôt que d'envoyer leurs enfants dans une autre communauté. « Le Comité conclut cependant qu'il ne serait ni pratique ni sage de légiférer des droits pour ces personnes-là ». Mieux vaudrait leur laisser la possibilité de s'inscrire à l'école française, à la demande des parents concernés, lorsque des arrangements satisfaisants peuvent être négociés entre le conseil d'une école fransaskoise et la commission scolaire concernée. Quant au droit de contrôle et de gestion, le Comité souligne que les personnes n'ayant pas encore obtenu la citoyenneté canadienne ne pourraient se prévaloir de ce droit, même si leurs enfants étaient admis dans une école fransaskoise.¹⁵

La décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Mahé c. Alberta*¹⁶ a incité plusieurs autres provinces à repenser leur système d'instruction dans la langue de la minorité¹⁷. Dans ce contexte, il convient de s'interroger sur la constitutionnalité d'un projet de loi élargissant les classes de l'article 23, afin d'inclure toute personne dont la première langue canadienne est le français. Pour ce faire, nous examinons dans un premier temps la jurisprudence (I) et la doctrine (II) pertinentes, puis nous discutons de la compatibilité d'un tel projet avec le texte (III) et l'objet de l'article 23 (IV) ainsi que d'autres dispositions de la Charte (V).

I. LA JURISPRUDENCE

Bien qu'aucun tribunal n'ait eu, à ce jour, à trancher la question qui nous préoccupe, deux affaires méritent une attention particulière : *P.G. Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*¹⁸ et *Lavoie c. Nova Scotia*¹⁹. D'emblée, nous sommes d'avis que le premier arrêt n'empêche pas l'élargissement de l'article 23, puisqu'il traite d'une situation impliquant une restriction ou une modification et non un élargissement des catégories de l'article 23. Dans l'autre, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse se prononce clairement en faveur d'un élargissement de cet article par une disposition provinciale.

15. *Saskatchewan : Une composante du système scolaire de la Saskatchewan au service des Fransaskois*, Regina, ministère de l'Éducation de la Saskatchewan, 1989.

16. [1990] 1 R.C.S. 342; 68 D.L.R. (4th) 69 [ci-après *Mahé* cité aux R.C.S.].

17. J.-C. LE BLANC, « Progrès, délais et statu quo : l'éducation des minorités après l'arrêt de la Cour suprême », (1990) 32 *Langue et Société* 31; sur le sujet qui nous intéresse, voir en particulier Manitoba, *Rapport du Groupe de travail manitobain sur la gestion des écoles franco-manitobaines*, mai 1991, pp. 17-19; Colombie-Britannique, *Rapport du Comité spécial de la Colombie-Britannique sur l'éducation en langue minoritaire officielle*, mai 1991, pp. 31-34.

18. [1984] 2 R.C.S. 66; 10 D.L.R. (4th) 321 [ci-après *Quebec Association of Protestant School Boards* cité aux R.C.S.].

19. (1989) 91 N.S.R. (2d) 184; 58 D.L.R. (4th) 293 (C.A.) [ci-après *Lavoie* cité aux N.S.R.].

Dans *Quebec Association of Protestant School Boards*, la Cour suprême du Canada statue que l'article 73 de la *Charte de la langue française*²⁰ modifie et restreint la définition des titulaires de l'article 23 de la Charte. Alors que l'article 23(1)b) de la Charte donne le droit à l'instruction en anglais au Québec aux enfants de parents qui ont reçu leur instruction primaire en anglais où que ce soit au Canada (clause Canada), l'article 73 de la *Charte de la langue française* limite ce droit aux enfants de parents qui ont fait leurs études primaires en anglais au Québec (clause Québec). Le caractère opposé de ces deux articles est d'ailleurs admis par les parties : « Il n'est pas contesté que les articles 72 et 73 de la *Loi 101* et l'article 23 de la Charte sont incompatibles »²¹. Concluant à l'invalidité de l'article 73, la Cour déclare :

Au surplus, l'art. 73 de la *Loi 101* modifie directement pour le Québec l'effet de l'art. 23 de la Charte. [...] Les droits énoncés à l'art. 23 de la Charte sont garantis à des catégories bien particulières de personnes. Cette classification spécifique se trouve au cœur même de la disposition car elle est le moyen choisi par le constituant pour identifier les titulaires des droits qu'il entend garantir. À notre avis, une législation ne peut, par une simple loi, valablement écarter le moyen ainsi choisi par le constituant et toucher à cette classification. Encore moins peut-elle la refaire ou en remodeler les catégories.²²

L'octroi de droits, dans les provinces anglophones, à toute personne dont la première langue officielle au Canada est le français n'entrerait pas en conflit avec les catégories de l'article 23. Ce serait plutôt un simple ajout aux catégories existantes qui ne modifie ou ne restreint aucunement les droits protégés par cet article.

Dans l'arrêt *Quebec Association of Protestant School Boards*, il est très clair que la Cour suprême du Canada ne rejette que les dispositions législatives de la *Charte de la langue française* qui ont un effet direct sur les catégories de l'article 23 :

[L']art. 73 de la *Loi 101* constitue précisément une telle redéfinition des catégories de personnes protégées par l'art. 23 de la Charte, redéfinition qui est interdite et invalide si on y procède autrement que par voie de modification constitutionnelle.²³

La seule allusion à l'élargissement de cet article est un renvoi par la Cour suprême à la décision de première instance et, plus spécifiquement aux propos suivants du juge Deschênes :

En bref, pour ce qui est des citoyens canadiens, tous les cas prévus à l'article 73 de la Charte [de la langue française] sont également couverts par la Charte; pour les aubains, la *Loi 101* est plus accueillante. Jusque-là, il n'y a donc pas de contrariété dont les requérants puissent se plaindre.²⁴

Ainsi, l'élargissement de l'article 23 par une loi provinciale ne cause guère de souci au juge Deschênes. Rien n'indique qu'il en soit autrement pour la Cour suprême du Canada.

Notre interprétation est aussi conforme à celle de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans l'affaire *Lavoie*. En l'espèce, la Cour devait décider s'il y a

20. L.R.Q. 1977, c. C-11 [ci-après *Loi 101*].

21. *Supra*, note 18, p. 75.

22. *Id.*, p. 86.

23. *Id.*, p. 87.

24. *Id.*, p. 77.

une incompatibilité entre l'article 23 de la Charte et la *Education Act*²⁵. La Cour souligne que la loi scolaire de la Nouvelle-Écosse accorde, depuis 1981, l'instruction en français sur la base de la langue des enfants, ou plus précisément des « enfants dont la première langue apprise et encore comprise est le français ». La loi confère donc des droits aux enfants plutôt qu'aux parents, véritables titulaires en vertu de l'article 23 de la Charte. Au lieu de voir là une substitution aux droits des parents, la Cour conclut qu'il s'agit d'un élargissement des titulaires du droit à l'instruction en français, et que cet élargissement est compatible avec l'article 23 :

The Acadian Schools Amendment extend minority language rights to a class of persons not granted such rights under s. 23 of the Charter, namely *children* whose first language learned and still understood is French. [...] The result is that there are two sources of French language instruction in Nova Scotia in addition to that provided in the general curriculum. The first is pursuant to s. 23 of the Charter and the second results from the Acadian Schools Amendment in the *Education Act*. The provisions in the *Education Act* do not detract from nor impair the rights of Canadian citizens protected by s. 23 of the Charter. [...] The appellants contend that the effect of s. 3(aa)(ii) of the *Education Act* is to deny children who have lost their minority linguistic skill, through assimilation, access to French language instruction. They say this result is an inconsistency with s. 23 of the Charter. The appellants' contention cannot be accepted because it fails to recognize that the rights provided in s. 23 of the Charter relates to a different class of persons than the Acadian Schools Amendment.

There is no reason why s. 23 of the Charter, which affords minority language educational rights to parents cannot peacefully coexist with the sections of the *Education Act* that relate to children whose first language learned and still understood is French. Rather than detracting from the rights of Canadian citizens recognized by s. 23 of the Charter, the Acadian Schools Amendment has the effect of magnifying the rights available to individuals who belong to a linguistic minority. The result in the *Quebec Protestant Schools case*, *supra*, does not apply to the impugned sections of the *Education Act*. The impugned sections of Quebec's Bill 101 were found to have created a clear inconsistency with s. 23 of the Charter. [...] The Acadian Schools Amendment does not « collide directly » with s. 23 of the Charter. Instead the Amendment can live harmoniously with the rights of Canadian citizens provided in s. 23. No inconsistency is evident.²⁶

Pour la Cour, la loi provinciale est valide, puisque la disposition contestée n'est pas une restriction ou une modification, mais un élargissement des titulaires protégés par l'article 23. Selon elle, cette disposition législative permet à tous les élèves de langue française, qu'ils jouissent ou non de la citoyenneté canadienne, de recevoir une instruction dans leur langue, sans pour autant restreindre les droits des titulaires prévus à l'article 23.

Il est vrai que les cours d'appel de l'Ontario et de l'Île-du-Prince-Édouard ont invalidé des dispositions très similaires, mais uniquement parce qu'à leur avis, en l'absence d'une disposition législative incorporant expressément l'article 23 de la Charte dans la loi provinciale sur l'éducation, ces dispositions venaient restreindre ou modifier les titulaires de cet article.

Dans l'affaire *Reference re Education Act of Ontario and Minority Education Act*²⁷, par exemple, la Cour a invalidé deux articles de la *Loi sur l'édu-*

25. R.S.N.S. 1967, c. 81.

26. *Supra*, note 19, p. 200.

27. (1984) 47 O.R. (2d) 1; 10 D.L.R. (4th) 491 [ci-après cité aux O.R.].

cation²⁸ qui réservaient l'instruction en français aux « élèves de langue française ». Ayant identifié les titulaires de droits en vertu de l'article 23²⁹, la Cour déclare :

It can be seen that in the Charter there is no requirement that children, in order to be entitled to receive instruction in the French language in Ontario, must themselves be French-speaking. The *Education Act*, however, simply empowers school boards to provide French Language instruction for « French-speaking pupils » resident in a particular school division. There is no statutory authority to provide French language education to those pupils who would qualify within the terms of s. 23 of the Charter. Under ss. 258(2) and 261(2) of the *Education Act*, it is only the number of French-speaking pupils who elect to be taught in French who are to be taken into consideration when minority language education is to be provided. In this respect, therefore, the provisions of the *Education Act* are inconsistent with s. 23 of the Charter.³⁰

Notons que la Cour n'indique en aucun temps que les articles 258(2) et 261(2) de la *Loi sur l'éducation* élargissent de quelque façon les titulaires de l'article 23 pour inclure les personnes de langue française bénéficiant du statut de résidents permanents. Sa seule préoccupation est la restriction des titulaires prévus dans la Charte.

La Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard a été saisie de la même question dans l'affaire *Reference re Minority Language Educational Rights*³¹. L'article 50(3) de la loi scolaire de l'Île-du-Prince-Édouard³² prévoyait que les « enfants de langue maternelle française » recevraient l'instruction en français. Puisque la loi accorde des droits aux enfants plutôt qu'aux parents, la Cour conclut qu'il s'agit là à la fois d'une modification et d'une restriction des titulaires visés par l'article 23 de la Charte. Elle déclare :

Under s. 50(2) of the *School Act* it is only children whose mother tongue is French who are entitled to French language education; whereas the Charter stipulates that parents are entitled [...] the Attorney General of Prince Edward Island has agreed that the persons given rights under s. 50(3) are not the same as those mentioned in s. 23 of the Charter. [...] Legislation which only gives some of the rights guaranteed by s. 23 or which purports to give a right in contravention of the right given in the Charter can only lead to confusion.³³

Invitées à se prononcer sur la validité de dispositions scolaires à peu près identiques, les cours d'appel de l'Ontario et de l'Île-du-Prince-Édouard ont adopté un raisonnement quelque peu différent. La première interprète la loi provinciale comme une restriction des droits des enfants visés par l'article 23 de la Charte mais ne parlant pas le français; l'autre interprète une telle disposition comme une modification et une restriction de l'article 23 de la Charte, en raison de la substitution des enfants aux parents, qui sont les véritables titulaires en vertu de cet article. Ni l'une ni l'autre ne parlent toutefois d'élargissement de l'article 23.

Pour les fins de notre étude, il importe de souligner que jusqu'à présent les seules dispositions provinciales qui aient été invalidées par les tribunaux sont celles qui, à leur avis, venaient restreindre ou modifier l'article 23 de la Charte. Par

28. *Supra*, note 12.

29. *Supra*, note 27, p. 29, sous la rubrique « Restrictions on the Beneficiaries of s. 23 Charter Rights ».

30. *Id.*, pp. 29-30.

31. (1988) 69 Nfld & P.E.I.R. 236.

32. *School Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. S-2.

33. *Supra*, note 31, pp. 248-249.

contre, dans l'affaire *Lavoie*, seule instance où le tribunal ait eu à se prononcer sur une disposition dont le seul effet présumé était l'élargissement de l'article 23, la Cour a confirmé la validité de la disposition législative provinciale.

II. LA DOCTRINE

Certains spécialistes reconnus en matière de droits linguistiques, notamment messieurs Foucher³⁴ et Bastarache³⁵, soutiennent que les catégories de l'article 23 sont immuables. Après un examen attentif de leurs écrits, nous jugeons opportun de faire deux remarques. D'une part, leur interprétation de l'arrêt *Quebec Association of Protestant School Boards* nous semble trop large; d'autre part, leur raisonnement reflète essentiellement leur préoccupation, par ailleurs légitime, concernant les effets de l'admission d'enfants anglophones dans les écoles de la minorité.

Sans se prononcer directement sur la question qui nous préoccupe, le professeur Foucher exprime l'opinion que l'article 23 est exclusif :

Considérant que l'article 23 vise la protection des minorités, seules les catégories de personnes qui y sont décrites peuvent prétendre en bénéficier. Ces catégories sont donc exclusives. La Cour suprême a déclaré qu'elles sont « au cœur » de la garantie de l'article 23 et que le législateur ne peut les modifier sans porter atteinte à la substance des droits.³⁶

Il est indéniable que seules les catégories de personnes identifiées à l'article 23 de la Charte peuvent bénéficier de cette garantie constitutionnelle. Par contre, rien ne nous oblige à conclure que l'ajout d'une catégorie aux titulaires spécifiquement nommés dans la Charte par le biais d'une disposition législative soit prohibé. La validité d'une telle disposition dépendra plutôt de sa compatibilité avec l'objet de la protection accordée aux minorités linguistiques. Sur ce point, le professeur Foucher limite sa perspective aux dangers possibles d'une politique d'accès des enfants de la majorité aux écoles francophones :

Tenter d'élargir ces catégories de façon à donner l'accès à l'école française à qui-conque le désire (régime de libre choix, en vigueur dans l'Ouest), c'est de fait modifier les catégories d'une façon préjudiciable à l'exercice des droits garantis; l'afflux d'enfants de la majorité transformera l'école en une école d'immersion.³⁷

Michel Bastarache partage les inquiétudes du professeur Foucher quant aux conséquences de l'élargissement des catégories de l'article 23 :

Il faut se demander, au terme de cette énumération, si les catégories ci-devant sont exclusives ou si elles peuvent être élargies ou limitées par une loi provinciale. La Cour suprême du Canada a déclaré que les catégories en question sont immuables et que leur modification atteindrait la substance même des droits. [...] Il semble donc que l'élargissement des catégories soit interdit, aussi bien que leur compression. Cette solution est d'ailleurs la seule qui soit compatible avec l'aspect social et collectif de l'article 23, l'afflux d'élèves de la majorité dans les établissements de la minorité ne pouvant servir qu'à transformer ceux-ci en école d'immersion. De fait

34. P. FOUCHER, « Les droits linguistiques en matière scolaire » dans M. BASTARACHE, éd. *Les droits linguistiques au Canada*, Montréal, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1986, p. 269.

35. M. BASTARACHE, *Les droits linguistiques dans le domaine scolaire*, Ottawa, Fédération des francophones hors Québec, 1986.

36. P. FOUCHER, *loc. cit.*, note 34, p. 294.

37. *Ibid.*

le contrôle de la minorité sur ses établissements constituera la meilleure garantie du maintien de l'intégrité des établissements minoritaires.³⁸

De toute évidence, il serait contraire à l'esprit de l'article 23 de la Charte d'ouvrir grandes les portes des écoles francophones à la majorité anglophone par le biais d'une législation provinciale, mais cela ne signifie pas qu'il faille interdire en toutes circonstances l'élargissement des catégories définies par l'article 23. À cet égard, il semble important de préciser que nulle part dans l'arrêt *Quebec Protestant School Boards* la Cour suprême n'a « déclaré » les catégories de l'article 23 « immuables ». Comme nous l'avons suggéré plus haut, une telle interprétation nous semble difficilement conciliable avec cet arrêt ou, comme nous le verrons ci-dessous, avec l'objet de l'article 23 de la Charte.

Pour d'autres constitutionnalistes, si l'article 23 garantit un droit à l'instruction en français aux titulaires spécifiquement énumérés dans la Charte, rien n'empêche pour autant une province d'accorder ce droit à d'autres personnes. Par exemple, le professeur Magnet écrit :

The citizenship prerequisite means that immigrant parents cannot qualify. The provinces retain the unfettered power to direct the children of immigrants to English or French-language schools.³⁹

Bien sûr, il serait inacceptable de conclure par là qu'une province peut légiférer à son gré en la matière et ouvrir les portes des écoles de langue officielle à quiconque le demande. En effet, comme l'ont souligné messieurs Foucher et Bastarache dans les passages précités, ceci serait carrément contraire à l'objet de l'article 23.

Seul le professeur Braën semble considérer directement la question qui nous préoccupe⁴⁰. En affirmant que l'« inclusion d'une catégorie supplémentaire de titulaires des droits scolaires ne saurait que conduire à la confusion »⁴¹, il semble lui aussi avoir à l'esprit la protection de la minorité linguistique contre l'assimilation par la majorité anglophone :

L'article 23 ne constitutionnalise pas le libre choix en matière de la langue d'instruction. On peut même s'interroger sur des dispositions législatives qui confèreraient le libre choix dans ce domaine et qui ainsi pourraient mettre en péril le principe de l'intégrité linguistique dont nous parlions. La même interrogation peut être soulevée à l'égard de politiques d'admission qui ne feraient pas la distinction entre les enfants des parents qualifiés en vertu de l'article 23 et ceux de la majorité, tous ces enfants étant regroupés au sein des mêmes classes.⁴²

Bien que s'opposant au libre choix en matière du droit d'accès à l'instruction, le professeur Braën voit cependant d'un bon œil l'admission des enfants de parents immigrés de langue française dans les écoles de la minorité. Commen-

38. *Supra*, note 35, p. 10.

39. J.E. MAGNET, « Minority-Language Educational Rights », (1982) 4 *Sup. Ct L.R.* 195, p. 202; voir aussi E. FOSTER, « Les droits à l'instruction dans la langue de la minorité à la lumière des décisions des Cours d'appel de l'Ontario et l'Alberta », (1989) 30 *C. de D.* 777, p. 788 et E. LINDSEY, « Linguistic Minority Educational Rights in Canada : an International and Comparative Perspective », (1983) 13 *Georgia Journal of Int. & Comp. Law* 515, p. 535.

40. A. BRAËN, *Les droits scolaires des minorités de langue officielle au Canada*, Ottawa, Programme de contestation judiciaire, 1990. Voir également A. BRAËN, « Les droits scolaires des minorités de langue officielle au Canada et l'interprétation judiciaire », (1988) 19 *R.G.D.* 311.

41. *Id.*, *Les droits scolaires des minorités de langue officielle au Canada*, p. 15.

42. *Id.*, pp. 17 et 18.

tant une disposition législative donnant accès aux écoles de la minorité sur la base de la langue maternelle de l'enfant, monsieur Braën écrit :

Il faut aussi ajouter que ce critère de la langue maternelle des enfants pourrait se révéler pertinent dans la mesure où les établissements de la minorité ouvriraient leurs portes aux élèves francophones de parents non qualifiés, comme par exemple, ceux de parents immigrés. L'affirmation serait d'autant plus valable s'il s'agissait des enfants de parents néo-canadiens francophones. [...] La promotion et l'épanouissement de la culture minoritaire dépend en grande partie, selon nous, de son aptitude à intégrer de nouveaux membres.⁴³

III. COMPATIBILITÉ AVEC LE TEXTE DE L'ARTICLE 23

À cette étape de notre analyse, il est nécessaire d'examiner plus en détail les raisons de l'inclusion de titulaires précis à l'article 23 de la Charte. Nous verrons que le choix des titulaires dépend en grande partie de la situation particulière du Québec et que l'intention n'est pas d'exclure les enfants de parents immigrés de langue française dans les provinces anglophones.

Comme nous l'avons mentionné dans l'introduction, à l'origine le gouvernement fédéral préconisait une politique de libre choix pour quiconque résidait au Canada⁴⁴. À partir de 1977, toutefois, le gouvernement a laissé entendre que le libre choix ne serait possible que pour les personnes qui ont la citoyenneté canadienne⁴⁵. Ce changement de politique a été clairement expliqué dans un document publié par le gouvernement fédéral l'année suivante, après le dépôt en Chambre du projet de loi C-60 sur la réforme de la Constitution :

Il y a lieu de noter que le libre choix de la langue d'enseignement pour l'éducation de base serait limité aux seuls père et mère qui sont citoyens canadiens. Certains jugeront qu'il eût été préférable d'étendre ce droit aux immigrants reçus, mais c'aurait été là restreindre indûment le droit des provinces de déterminer la langue dans laquelle seront éduqués les immigrants qu'elles accueillent. Cette question est particulièrement importante pour le gouvernement du Québec qui est soucieux d'accueillir des immigrants qui s'intégreront à la culture francophone. Une fois qu'ils seront devenus citoyens canadiens, les immigrants dont la langue principale est la langue minoritaire pourront exiger que leurs enfants soient éduqués dans cette dernière.⁴⁶

C'est donc par souci de limiter le moins possible la compétence des provinces, en particulier celle du Québec, en matière de la langue d'instruction des enfants immigrés que le gouvernement fédéral consent à l'exclusion de l'article 23 de la Charte quiconque n'a pas la citoyenneté canadienne. Cependant si l'article 23(1)a) était en vigueur pour le Québec, toute personne de langue maternelle anglaise immigrant au Canada pourrait revendiquer le droit à l'instruction dans sa langue au Québec dès l'obtention de la citoyenneté canadienne. Il convient de noter, toutefois, que le critère de la langue maternelle des parents vise essentiellement à permettre aux enfants de parents francophones hors Québec, qui n'ont pas

43. *Id.*, pp. 15 et 16.

44. *Supra*, note 8.

45. J.-P. PROULX, *loc. cit.*, note 9, p. 137.

46. Canada, *La Charte canadienne des droits et libertés : section III du projet de loi sur la réforme constitutionnelle*, Ottawa, Secrétariat d'État, 1978, p. 15 [nos italiques].

pu fréquenter l'école primaire française dans leur province, d'avoir quand même accès à l'instruction en français⁴⁷.

Par la suite du refus du Québec d'adhérer à l'entente constitutionnelle en novembre 1981, dans un ultime effort pour ramener le Québec à la table des négociations, le gouvernement soustrait cette province à l'alinéa 23(1)a). Dans l'arrêt *Quebec Protestant School Boards*, la Cour suprême explique ce traitement particulier dans les termes suivants :

Mais d'abord, le fait que le Québec soit la seule province du Canada, où, par la suite des par. 59(1) et (2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'al. 23(1)(a) de la Charte ne soit pas en vigueur et ne puisse entrer en vigueur sans l'assentiment du Québec, atteste que le constituant avait particulièrement le Québec en vue lorsqu'il a édicté l'art. 23 de la Charte. On peut spéculer sur la raison de cette exception; pour autant que le Québec est concerné, l'al. 23(1)(a) vise des citoyens canadiens de langue maternelle anglaise qui n'auraient pas reçu leur instruction, au niveau primaire, en anglais au Canada, c'est-à-dire, en pratique et pour un grand nombre, des immigrants de langue maternelle anglaise devenus citoyens canadiens; il est donc permis de penser que cette disposition particulière de la Charte a été suspendue pour le Québec afin de calmer en partie les inquiétudes exprimées au Québec bien avant l'adoption de la loi 101 à propos de l'immigration, à cause de la situation minoritaire de la langue française en Amérique du Nord.⁴⁸

Si à l'origine l'exclusion des enfants de parents immigrés de langue française à l'article 23 de la Charte n'avait pas pour objet de protéger les intérêts de la minorité francophone dans les provinces de common law, ces provinces devraient en principe avoir la liberté de leur accorder ces droits, à moins que ceci ne soit incompatible avec l'objet de l'article 23.

IV. COMPATIBILITÉ AVEC L'OBJET DE L'ARTICLE 23

Cet objet est énoncé avec précision par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Mahé*. Il s'agit de la protection et de la promotion de la langue et de la culture de la minorité. Le juge en chef Dickson écrit :

L'objet général de l'art. 23 est clair : il vise à maintenir les deux langues officielles du Canada ainsi que les cultures qu'elles représentent et à favoriser l'épanouissement de chacune de ces langues dans la mesure du possible, dans les provinces où elle n'est pas parlée par la majorité. [...] Mon allusion à la culture est importante, car il est de fait que toute garantie dans le domaine de l'éducation est indissociable d'une préoccupation à l'égard de la culture véhiculée par la langue en question.⁴⁹

Peut-on prétendre que l'élargissement de l'article 23 aux enfants de parents immigrés dont la première langue canadienne est le français serait contraire à cet objet?

Répondre à cette question par l'affirmative, en argumentant le danger d'assimilation linguistique, n'est évidemment pas réaliste, puisque l'élargissement proposé vise toute personne, jouissant ou non de la citoyenneté canadienne, qui a comme première langue canadienne le français. Pour ce qui est de la culture, il faut

47. Voir les Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, 1^{re} session, 32^e législature, déclaration du ministre de la Justice Jean Chrétien, p. 48:113; Débats des communes, 23 novembre 1981, déclaration du président du Conseil du trésor Donald Johnston, pp. 13111 et 13117.

48. *Supra*, note 18, p. 82.

49. *Supra*, note 16, p. 362.

interpréter ce terme dans son sens large, afin d'englober toute communauté où la culture française est présente.

V. COMPATIBILITÉ AVEC LES AUTRES ARTICLES DE LA CHARTE

L'élargissement des titulaires de l'article 23 de la Charte que nous proposons serait conforme à l'esprit de l'article 27 qui prévoit :

Toute interprétation de la présente Charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

Dans l'arrêt *Mahé*, la Cour suprême du Canada déclare que l'article 27 n'est pas nécessaire pour interpréter l'article 23. On ne peut pour autant conclure que la Cour a décrété à tout jamais qu'il n'y a aucun lien possible entre ces articles. Le juge Dickson écrit : « [J]e ne crois pas, aux fins de l'interprétation de l'article 23, qu'on ait avantage à se référer à l'article 15 ou à l'article 27 dans le présent contexte »⁵⁰.

Lorsqu'il y a lieu de définir les droits des personnes visées par l'article 23, il est certain, et la Cour le dit clairement, que cet article « établit un code complet régissant les droits à l'instruction dans la langue de la minorité »⁵¹.

Par contre, l'article 27 pourrait servir de guide d'interprétation afin de définir toute extension possible des droits prévus à l'article 23 qui n'est pas contraire à l'objet de cette disposition constitutionnelle. En d'autres termes, l'article 27 servirait de critère afin de déterminer si l'article 23 limite les droits que pourrait accorder une province aux personnes non visées par cet article.

[S]ection 27 may serve to limit the scope of other provisions of the Charter to the extent that the latter would otherwise be regarded as preventing the adoption of measures necessary for the preservation and enhancement of the cultural (and consequently, linguistic) heritage of certain Canadian minority groups.⁵²

De plus, notre interprétation concorde avec le principe de progression qu'on retrouve à l'article 16(3) de la Charte qui prévoit :

La présente Charte ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais.⁵³

De fait, madame la juge Wilson, en obiter, dans l'affaire *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education et Minority School Boards No. 50* précise :

À condition que la législation « favorise la progression » vers l'égalité de statut des deux langues officielles, les cours n'y toucheront pas; dans l'hypothèse contraire, elle ne résistera pas à l'examen judiciaire.⁵⁴

50. *Id.*, p. 369 [nos italiques].

51. *Ibid.*

52. J. WOEHLING, « Minority Cultural and Linguistic Rights and Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1985) 31 *McGill LJ.* 50, p. 60.

53. Dans l'arrêt *Mahé*, *supra*, note 16, la Cour suprême du Canada a indiqué, à la p. 379, que tout ce que dicte l'article 23 est un minimum : « L'article 23 requiert seulement un niveau minimum de gestion et de contrôle dans une situation donnée; il ne fixe pas un maximum ». Puisque la Cour limite ses propos au droit de gestion, il nous semble préférable d'invoquer l'article 16(3) pour la question que nous étudions.

54. [1986] 1 R.C.S. 549, p. 619.

L'article 16 permettrait également de réfuter une allégation de discrimination fondée sur l'article 15 de la Charte pour cause d'exclusion d'un élargissement proposé de l'article 23. À ce sujet, le professeur Woehrling fait les commentaires suivants :

Consequently, this provision would also make it possible to put to rest any objections, based on subsection 15(1), that might be raised against a federal or provincial statute which might give anglophone or francophone minorities additional privileges to those conferred on them by the Charter.⁵⁵

CONCLUSION

L'ensemble de nos réflexions sur le sujet nous incite à formuler le principe suivant : il est de prime abord constitutionnellement valide pour la législature d'une des provinces canadiennes à majorité anglophone d'adopter une loi élargissant les droits à l'instruction prévus à l'article 23 de la Charte aux enfants de parents immigrés parlant le français. Toutefois, il serait important de s'assurer que les critères spécifiques énoncés dans une telle loi correspondent à l'esprit de l'article 23.

La disposition proposée par le gouvernement de l'Ontario en 1990⁵⁶ semble tenir compte de cette préoccupation, puisqu'elle reprend essentiellement les catégories prévues à l'article 23 de la Charte, en les étendant aux personnes immigrées. Il sera important, toutefois, de préciser certains critères d'application. Par exemple, pour établir quelle est « la première langue officielle du Canada apprise et encore comprise », suffira-t-il de recevoir la déclaration de la mère ou du père ou faudra-t-il vérifier l'authenticité de cette déclaration par de la preuve ou quelque autre mécanisme de contrôle? Dans ce dernier cas, la preuve sera-t-elle considérée obligatoire pour les personnes venant d'un pays où le français est une langue officielle? Exigera-t-on que le français soit la deuxième langue parlée à la maison? Sera-t-il nécessaire que la mère ou le père parle français à l'arrivée au Canada? Pour ce qui est du critère de la scolarité, sera-t-il nécessaire que la mère ou le père ait fait la totalité des études primaires en français ou la majorité des études en français suffira-t-elle? La même question se pose pour les enfants qui font ou ont fait leurs études primaires ou secondaires en français. Sera-t-il nécessaire d'exiger que la totalité ou seulement la majorité de leurs études aient été faites en français?

L'élargissement proposé aura un impact inévitable sur les écoles de la minorité francophone, puisque plusieurs des personnes élisant domicile au Canada auront désormais le droit d'y inscrire leurs enfants, de participer à la gestion de ces écoles, et, lorsque les provinces le prévoient, d'attribuer leurs taxes scolaires aux écoles de la minorité. Un tel élargissement, selon nous, serait conforme à la vision dynamique du Canada français que l'on préconise aujourd'hui. Il serait le signe d'une société évolutive qui cherche à renforcer ses rangs en accueillant de nouveaux membres, tout en veillant assidûment à protéger et à promouvoir la langue et la culture des nombreuses minorités linguistiques de langue française qui la composent.

55. J. WOEHRLING, *loc. cit.*, note 52, pp. 81 et 82.

56. *Supra*, note 11.