Document generated on 05/09/2025 9:15 a.m.

Revue générale de droit

Les droits scolaires des minorités de langue officielle au Canada et l'interprétation judiciaire

André Braën

Volume 19, Number 2, June 1988

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1059142ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1059142ar

See table of contents

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)
2292-2512 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Braën, A. (1988). Les droits scolaires des minorités de langue officielle au Canada et l'interprétation judiciaire. *Revue générale de droit*, *19*(2), 311–337. https://doi.org/10.7202/1059142ar

Article abstract

Section 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is one of the most important guarantees for the official language minorities of Canada. Because of the lack of enthusiasm of many provinces in implementing section 23 educational rights, an important number of legal proceedings has been undertaken before the courts. These proceedings have raised a number of questions concerning the interpretation of section 23, the identification of those entitled to the educational rights, the nature and content of the rights, the effective implementation of these rights and the forms of redress in instances of infringement. The author proposes a critical examination of these judicial decisions. Then he proceeds to identify those challenges now facing the official language minorities and he assesses the relevance and effectiveness of legal remedies in this matter.

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1988

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

DOCTRINE

Les droits scolaires des minorités de langue officielle au Canada et l'interprétation judiciaire

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

RÉSUMÉ

L'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés *constitue une disposition vitale pour les minorités de langue officielle du Canada. Devant le peu d'empressement chez plusieurs provinces à mettre en œuvre les garanties scolaires qu'il octroie, de nombreuses démarches ont été entreprises devant les tribunaux canadiens. Ces derniers ont été appelés à se prononcer sur l'interprétation qui sied à cet article, sur l'identification des titulaires des droits, sur la nature et le contenu des droits conférés, sur la mise en œuvre effective des droits scolaires et sur les formes de réparation en cas de violation. L'auteur procède à une analyse critique de l'interprétation judiciaire dans ce domaine. Il identifie les principaux défis qui, selon lui, se posent aux minorités de langue officielle et il interroge la pertinence, sinon l'efficacité, du recours judiciaire en la matière.*

(1988) 19 *R.G.D.* 311-337

ABSTRACT

Section 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms *is one of the most important guarantees for the official language minorities of Canada. Because of the lack of enthusiasm of many provinces in implementing section 23 educational rights, an important number of legal proceedings has been undertaken before the courts. These proceedings have raised a number of questions concerning the interpretation of section 23, the identification of those entitled to the educational rights, the nature and content of the rights, the effective implementation of these rights and the forms of redress in instances of infringement. The author proposes a critical examination of these judicial decisions. Then he proceeds to identify those challenges now facing the official language minorities and he assesses the relevance and effectiveness of legal remedies in this matter.*

SOMMAIRE

Introduction 312

I. L'interprétation de l'article 23 313

II. Les catégories de titulaires 317

III. La nature et le contenu des droits scolaires 320

A. Le droit à l'instruction 321
B. Le droit aux établissements 324
C. Le droit de gestion 326

IV. La mise en œuvre des droits scolaires et les limites applicables 328

V. Les formes de réparation 334

Conclusion 336

INTRODUCTION

1. Les droits scolaires constitutionnels garantis aux deux minorités de langue officielle du Canada sont prévus à l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'article 23 énonce ce qui suit :

> (1) Les citoyens canadiens :
> a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,
> b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,
> ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.
> (2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.
> (3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province :
> a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur

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

2. L'article 23 confère donc aux parents qualifiés le droit constitutionnel de faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité linguistique officielle de la province où ils résident. Les dispositions de cet article sont applicables partout au Canada et elles sont parmi les plus importantes de la *Charte*. Elles s'attaquent en effet à une source continuelle, toujours bien réelle, de tension au Canada : celle de l'instruction dans la langue de la minorité. S'agissant de dispositions constitutionnelles, les provinces ne peuvent y déroger sauf dans les limites prescrites par la Constitution.

3. Des parents et des associations porte-parole des minorités de langue officielle ont entrepris à travers tout le Canada plusieurs démarches devant les tribunaux, appuyés en cela par le programme de contestation judiciaire [1]. Ces démarches ont soulevé plusieurs questions concernant (I) l'interprétation qui sied à l'article 23, (II) l'identification des titulaires des droits reconnus, (III) la nature et le contenu des droits conférés, (IV) la mise en œuvre effective des droits scolaires et les restrictions applicables et (V) les formes de réparation en cas de violation. C'est à partir de l'analyse de cette problématique que nous nous proposons d'identifier les questions et les défis qui se posent actuellement aux minorités de langue officielle en matière de droits scolaires; puis, nous évaluerons la pertinence et l'efficacité du recours aux tribunaux comme moyen de mise en œuvre des droits scolaires constitutionnels et ses principales limites.

I. L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 23

4. On sait qu'un droit linguistique doit généralement être l'objet de garanties juridiques. Il existe uniquement en fonction de sa reconnaissance légale, laquelle découle dans notre cas d'un texte constitutionnel. Ainsi, si le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité existe, c'est qu'il est reconnu explicitement par un texte juridique. Dans ce contexte, le rôle des tribunaux est déterminant. Ce sont eux qui sont appelés à définir la portée et le sens réel d'une règle et à en sanctionner la violation. Pour ce faire, ils doivent interpréter les textes d'où originent les droits linguistiques, l'interprétation étant ce processus de détermination

1. Le programme est administré par le Conseil canadien de développement social. Il a pour objet d'appuyer financièrement des causes-types susceptibles de clarifier, entre autres, les dispositions constitutionnelles octroyant des droits linguistiques.

du sens et de la portée des règles énoncées dans un texte [2]. L'interprétation servira à préciser aussi bien la nature d'une règle que sa capacité à produire des effets. Quelle a été à ce jour l'interprétation judiciaire de l'article 23?

5. Les tribunaux ont répété inlassablement que la *Charte canadienne* doit recevoir une interprétation généreuse et libérale de sorte à réfléter la primauté que doit posséder ce texte constitutionnel. Une interprétation libérale est particulièrement de mise en ce qui concerne l'article 23 puisque celui-ci établit un véritable code des droits scolaires des minorités de langue officielle au Canada [3]. Ce qui ne signifie pas que les tribunaux ont opté pour une application uniforme de ses dispositions; au contraire, la variété des situations auxquelles est confrontée la minorité de langue officielle dans chaque province commande plutôt des accommodements [4].

6. Cette interprétation libérale doit tenir compte du contexte historique canadien dans la mesure où l'article 23 n'a pas été élaboré dans l'abstrait; celui-ci a pour objet évident de corriger les injustices dont ont pu être victimes, avant 1982, les minorités de langue officielle au Canada [5]. L'article vise spécifiquement une situation à laquelle le constituant a voulu remédier. C'est ce contexte historique qui confère donc à l'article 23 un caractère réparateur. Le même contexte permet aussi d'affirmer que cet article vise à prévenir l'assimilation du groupe linguistique minoritaire et à promouvoir les deux langue officielles du Canada [6]. Il doit être perçu comme tel par les tribunaux.

7. L'article 23 offre aux individus qualifiés le bénéfice complet de la protection des garanties scolaires octroyées par la *Charte* [7]. Son interprétation doit aussi se fonder sur une approche égalitaire. Au plan extra-provincial, l'article 23 vise à conférer aux minorités francophone et anglophone du Canada, une part importante des droits dont la minorité anglophone du Québec avait joui avant la *Loi 101* relativement à la langue d'enseignement [8]. Au plan intra-provincial, il vise à ce que

---

2. P.A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Montréal, Éd. Yvon Blais Inc., 1982, p. 1.

3. *Re Minority Language Educational Rights*, (1984) 10 D.L.R. (3d) 491, (C.A. Ont.)

4. *Mahé* c. *La Reine*, [1987] 6 W.W.R. 331, *Commission des Écoles Fransaskoises* c. *Gov. of Saskatchewan*, [1983] 3 W.W.R. 354, j. WIMMER aux pp. 357-375.

5. *Ibid.* Voir aussi : *Quebec Association of Protestant School Boards* c. *P.G. Québec*, [1984] 2 R.C.S. 6; *Re Minority Language Educational Rights, supra*, note 3; *Mahé* c. *La Reine, supra*, note 4; *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.

6. *Mahé* c. *La Reine, supra*, note 4.

7. *Re Reference Respecting The School Act, P.E.I. and Minority Language Educational Rights, supra*, note 5.

8. *Quebec Association of Protestant School Boards* c. *P.G. Québec, supra*, note 5.

l'instruction offerte dans la langue de la minorité soit de qualité égale ou comparable à celle offerte à la majorité [9].

8. 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'alinéa 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 que l'article 23 se suffit à lui-même et qu'il ne vise pas l'égalité parfaite dans ce domaine [11].

9. On sait qu'en matière de droits judiciaires, la Cour suprême du Canada 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 égard [12]. Aussi, selon elle, les tribunaux doivent veiller à ne pas donner une interprétation trop libérale aux dispositions linguistiques contenues dans la Constitution du Canada de sorte à ne pas modifier ce compromis politique.

10. C'est ainsi que, récemment, la Cour d'appel de l'Alberta 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 [13]. 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 ces dispositions et ainsi respecter ce 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. D'autres ont renchéri depuis [14].

---

9. *Re Minority Language Educational Rights, supra*, note 3; *Mahé* c. *La Reine, supra*, note 5; *Marchand* c. *The Simcoe County Board of Education & al*, (1986) 55 O.R. (2d) 638.1, j. SIROIS aux pp. 639-663; *Re Reference Respecting The School Act, P.E.I. and Minority Language Educational Rights, supra*, note 5, j. MCQUAID aux pp. 263-264.

10. *Re Minority Language Educational Rights, supra*, note 3; *Marchand* c. *The Simcoe County Board of Education, Ibid.*

11. *Mahé* c. *La Reine, supra*, note 4; *Re Reference Respecting the School Act, P.E.I. and Minority Language Educational Rights, supra*, note 5; *Commission des Écoles Fransaskoises* c. *Gov. of Saskatchewan, supra*, note 4.

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

13. *Mahé* c. *La Reine, supra*, note 4, j. KERANS pp. 334-369.

14. *Commission des Écoles Fransaskoises* c. *Gov. of Saskatchewan, supra*, note 4; *Re Reference Respecting The School Act, P.E.I. and Minority Language Educational Rights, supra*, note 5.

11. Ce genre d'argumentation séduit dans la mesure où les autorités d'une province veulent effectivement donner une suite concrète aux droits scolaires de la minorité. On sait qu'un droit linguistique nécessite pour sa mise en œuvre l'intervention de l'État. C'est particulièrement vrai en ce qui concerne les garanties scolaires octroyées par l'article 23. Or, en cette matière et à l'exception de l'Ontario, du Nouveau-Brunswick et du Québec, les provinces ont démontré à ce jour peu d'empressement à donner suite efficacement à ces questions. Six ans après l'adoption de la *Charte*, la minorité francophone hors-Québec reste désillusionnée et l'inaction provinciale est trop souvent la règle.

12. Une approche moins libérale et plus restrictive si elle devait être retenue par d'autres tribunaux, comme c'est de plus en plus le cas, peut conduire à un cul-de-sac. En effet, dans la mesure où un tribunal accepte que la mise en œuvre des droits scolaires relève uniquement de la volonté politique d'une province, il sera beaucoup moins empressé à intervenir et à sanctionner l'inaction d'une province dans ce domaine. De sorte que le pouvoir judiciaire risque de plus en plus de s'avouer incapable de protéger adéquatement les droits scolaires constitutionnels des minorités de langue officielle, ces droits étant le résultat d'un compromis politique. Aussi, les minorités risquent de se retrouver dans une situation où le pouvoir judiciaire se contente de déclarer leurs droits scolaires constitutionnels et confie aux provinces la responsabilité ultime de les mettre en œuvre. Il faut toutefois noter que certains tribunaux ont refusé cette approche statique et n'ont pas hésité à ordonner des mesures de réparation à la suite de violations flagrantes de l'article 23 [15].

13. Une approche restrictive risque donc de réduire considérablement l'efficacité du recours judiciaire. En déclarant le contenu des droits scolaires, le tribunal peut être moins généreux ; comme moyen de mise en œuvre de ces mêmes droits et comme instrument de sanction en cas de violation, le tribunal peut être plus timide et réservé alors que la situation exigerait une solution pressante. D'autre part, cette approche judiciaire impose aussi à la minorité de langue officielle (francophone) la démonstration d'une cohésion et d'une influence politiques dans le but de faire bouger et les autorités scolaires et les autorités gouvernementales ; cette influence et cette cohésion politiques, elle ne les a tout simplement pas, la plupart du temps.

15. Voir : *Marchand* c. *The Simcoe County Board of Education & al*, (1988) 61 O.R. (2d) 651, j. SIROIS aux pp. 651-654 ; *Lavoie* c. *A.G. of Nova Scotia & The Cape Breton District School Board*, (1988) 47 D.L.R. (4d) 586, j. HALLETT aux pp. 587-595.

II. LES CATÉGORIES DE TITULAIRES

14. Le droit des parents de faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité s'exerce seulement si certaines conditions spécifiques sont observées. Selon le libellé de l'article 23, ce droit est conféré uniquement aux citoyens canadiens. La citoyenneté est un prérequis et les provinces sont libres de diriger les non-Canadiens vers le réseau scolaire de la majorité linguistique. Le droit est accordé aux parents qui tombent dans au moins une des trois catégories suivantes :

— La première catégorie est établie en fonction de la langue maternelle des parents (al. 23(1)a)). Le droit en question est donc conféré aux parents canadiens dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité linguistique de la province où ils résident.

— La seconde catégorie de titulaires est établie en fonction du critère de la langue d'instruction des parents au niveau primaire (al. 23(11)b)). Les citoyens canadiens qui ont reçu au Canada leur instruction primaire dans la langue de la minorité de la province où ils habitent peuvent exercer les droits conférés par l'article 23. C'est la clause Canada.

— La troisième catégorie est établie en fonction du critère de la langue d'enseignement de l'un des enfants de la famille dans une école primaire ou secondaire située n'importe où au Canada (par. 23(2)). Les parents ont le droit de voir tous leurs enfants recevoir leur instruction dans la langue de la minorité si l'un des enfants a reçu ou reçoit déjà son instruction primaire ou secondaire dans cette langue.

15. Les catégories de titulaires établies à l'article 23 sont exclusives. Les parents non qualifiés ne possèdent aucun droit constitutionnel à ce que leurs enfants reçoivent leur instruction dans la langue de la minorité linguistique de la province où ils habitent. L'article 23 n'a pas pour objet de constitutionnaliser le libre choix en la matière. Même si le texte de l'article 23 utilise le pluriel pour décrire les titulaires des droits octroyés, la qualification d'un seul parent à l'intérieur de l'une des trois catégories énumérées serait probablement jugée suffisante.

16. Les droits scolaires sont octroyés aux parents qualifiés. L'article 23 ignore la langue des enfants. Le fait que l'enfant a comme langue maternelle celle de la minorité linguistique ou encore, qu'il parle cette langue et la comprend n'est pas pertinent. Or, il arrive parfois que le programme d'instruction dans la langue de la minorité soit réservé aux enfants qui possèdent une connaissance pratique de cette langue. Si l'enfant de parents tombant dans l'une des trois catégories énumérées à l'article 23 ne parle pas ou ne comprend pas la langue de la minorité, il se voit refuser l'accès au programme d'instruction dans la langue de la

minorité ou il est dirigé vers un programme d'immersion dans cette langue. Une telle pratique soulève donc la question du respect des droits scolaires octroyés aux parents par l'article 23.

17. Un tribunal a déjà émis l'opinion que les enfants fréquentant un établissement scolaire qui dispense son enseignement dans l'une des deux langues officielles doivent avoir une connaissance suffisante de cette langue de sorte qu'ils puissent profiter des cours et ne pas retarder le reste de la classe [16]. Cette exigence, même si elle apparaît raisonnable, ne peut être utilisée en vue de nier l'exercice par des parents qualifiés de leurs droits scolaires constitutionnels.

18. Si la législation d'une province utilise comme critère d'admissibilité au programme d'instruction dans la langue de la minorité le critère de la langue maternelle des enfants, elle doit être considérée comme modifiant la liste des titulaires nommés à l'article 23 et donc, incompatible [17]. L'inclusion d'une catégorie supplémentaire de titulaires des droits scolaires ne saurait que conduire à la confusion. On a aussi jugé récemment que l'article 23 n'impose aucune compétence ou exigence linguistique chez l'élève comme prérequis à l'admission dans un programme d'instruction dans la langue de la minorité. L'incompétence linguistique d'un enfant de parents qualifiés ne peut servir de motif pour lui refuser l'accès à un programme d'instruction dans la langue de la minorité [18].

19. Il arrive que cette référence à une connaissance suffisante par l'enfant de la langue d'instruction soit une pratique appliquée par des établissements d'enseignement de la minorité. Les autorités scolaires fondent alors cette pratique sur la nécessité de préserver l'homogénéité linguistique d'un programme ou d'une école. À cet égard, on sait qu'on a déjà jugé qu'à la lueur de l'article 27 de la *Charte*, l'alinéa 23(3)b) signifie que les enfants de la minorité reçoivent leur instruction dans des établissements dans lesquels l'environnement est celui de la minorité, de sorte à refléter la culture du groupe. Il y a ici un conflit évident entre d'une part, le respect des droits scolaires constitutionnels et d'autre part, le principe de l'intégrité ou de l'homogénéité linguistique d'un établissement de la minorité ou d'un programme d'instruction dans la langue de cette minorité. Nous croyons que si certains enfants, par ailleurs admissibles, ne sont pas compétents dans la langue de la minorité, l'école doit alors veiller à mettre en place certains mécanismes pour leur assurer une formation linguistique adéquate et faciliter ainsi leur intégration éventuelle au sein du programme régulier d'instruction dans la langue de la

16. *S.A.N.B.* c. *Minority Language School Board No. 50*, (1983) 48 R.N.B. (2d) 361 (C.B.R.. N.-B.).

17. *Re Reference Respecting The School Act, P.E.I. and Minority Language Educational Rights, supra*, note 5.

18. *Commission des Écoles Fransaskoises* c. *Gov. of Saskatchewan, supra*, note 4.

minorité. Compte tenu du taux élevé d'assimilation des enfants du groupe linguistique minoritaire dans certaines provinces canadiennes, cet équilibre est devenu un défi important pour les membres de la minorité.

20. Même si l'article 23 vise à freiner l'assimilation et à favoriser le développement de la minorité linguistique officielle dans chaque province et à travers son système scolaire, il n'en demeure pas moins que les catégories de titulaires désignées à cet article ne réfèrent pas d'une façon exclusive aux parents de cette minorité. L'alinéa 23(1)b) permet en effet aux parents qui ont reçu leur instruction primaire n'importe où au Canada dans la langue de la minorité de la province où ils habitent, de se prévaloir des droits octroyés par l'article. Cette catégorie n'est donc pas exclusive aux seuls parents du groupe linguistique minoritaire. Le paragraphe 23(2) permet quant à lui, aux parents dont l'un des enfants reçoit ou a reçu son instruction primaire ou secondaire dans la langue de la minorité de se prévaloir aussi des mêmes droits pour tout autre enfant de la famille. On veut ici protéger la langue d'instruction de tous les enfants de la famille et là aussi, la catégorie n'est pas exclusive aux seuls parents du groupe linguistique minoritaire.

21. Une partie substantielle des études menées dans la langue de la minorité serait probablement jugée suffisante aux fins d'application des dispositions de l'article 23, à condition toutefois, qu'il s'agisse d'un véritable programme d'instruction dans la langue de la minorité et non d'un programme d'immersion dans cette même langue. On a en effet jugé qu'un programme d'immersion dans la langue de la minorité ne constitue pas un programme d'instruction approprié au sens de l'article 23 [19]. La *Charte* confère un droit à un programme d'instruction et non d'immersion. Les parents qui appartiennent à la minorité linguistique d'une province et qui ne répondent pas aux critères de l'article 23 ne peuvent donc pas prétendre que cet article leur confère des droits scolaires. Si les provinces possèdent l'obligation constitutionnelle de fournir l'instruction dans la langue de la minorité aux membres de cette minorité, rien ne les oblige sur une base constitutionnelle à fournir aux membres de la majorité une instruction dans la langue de la minorité. L'article 23 ne constitutionnalise pas le libre choix en matière de langue d'instruction. On peut même s'interroger sur des dispositions législatives qui conféreraient le libre choix dans ce domaine et qui ainsi pourraient mettre en péril le principe d'homogénéité 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 de mêmes classes.

19. *S.A.N.B.* c. *Minority Language School Board No. 50, supra*, note 16.

22. L'établissement d'un nombre minimum de parents qualifiés et d'enfants admissibles pour que l'instruction dans la langue de la minorité soit dispensée pose ce problème d'identification. À l'exception du cas de quelques provinces où la limite du nombre n'existe pas, il est donc nécessaire d'effectuer des recherches et de regrouper les parents avant que des démarches judiciaires ne soient entreprises. Ce processus exige bien souvent qu'on remette en cause les limites géographiques fixées par une administration scolaire. Par exemple, l'instruction dans la langue de la minorité est disponible dans un district scolaire donné; les enfants des parents titulaires des droits octroyés par l'article 23 mais résidant à l'extérieur des limites de ce district, se voient refuser l'accès au programme.

23. Le respect intégral des catégories énumérées à l'article 23 pose donc le problème de la préservation de l'intégrité linguistique des programmes d'instruction offerts dans la langue de la minorité ainsi que des établissements d'enseignement de cette même minorité. Aussi, il faut veiller à mettre en place des mécanismes aptes à intégrer les enfants assimilés ou dont la langue d'usage n'est pas celle du groupe minoritaire. La préparation des programmes d'instruction doit donc tenir compte de cette réalité. D'autre part, l'identification des titulaires des droits scolaires constitutionnels force le regroupement des parents qualifiés et à ce niveau, ce processus est susceptible de soulever de graves débats au sein des populations minoritaires et d'aggraver l'effritement d'une cohésion ou d'un consensus dans ce domaine. L'article 23 octroie des droits constitutionnels aux parents qualifiés. Rien ne les oblige à les exercer [20]. Or, l'octroi de droits linguistiques à la minorité de langue officielle pose un défi de taille : celui de se prendre en main et d'affirmer sa volonté collective de vouloir vivre en groupe dans sa propre langue et culture.

III. La nature et le contenu des droits scolaires

24. L'article 23 octroie au moins trois droits distincts aux parents qualifiés. Il confère d'abord à ces parents le droit constitutionnel d'avoir 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 comme nous le verrons, il existe plusieurs limites.

20. *Ibid.*

25. En pratique, l'article 23 signifie que les parents qualifiés possèdent le libre choix en matière de langue d'instruction : ils peuvent exercer leurs droits constitutionnels et envoyer leurs enfants dans des établissements de la minorité ou ils peuvent simplement les diriger vers ceux de la majorité. Les membres de la minorité doivent donc faire preuve de leur volonté d'exercer effectivement leurs droits scolaires. Or, il arrive souvent que les enfants soient plutôt envoyés dans des écoles de la majorité. Ce défi peut être relevé non seulement par le renforcement de l'identité et du vouloir-vivre collectif du groupe minoritaire mais aussi par l'établissement d'un programme d'instruction attrayant pour celui-ci. Il faut aussi noter que le droit à l'instruction tel que conféré par l'article 23 s'entend de l'instruction primaire et secondaire. Les niveaux collégial et universitaire sont donc exclus et le nombre d'années requises pour chaque niveau peut varier d'une province à l'autre. L'article 23 ne modifie rien à cet égard. Logiquement, l'établissement d'un réseau scolaire aux niveaux primaire et secondaire, tel que le garantit l'article 23, va conduire la minorité de langue officielle de chaque province à revendiquer d'autres services éducatifs, non garantis sur le plan juridique, qui seront perçus comme des débouchés normaux à l'instruction secondaire.

A. LE DROIT À L'INSTRUCTION

26. Le droit des parents à ce que leurs enfants reçoivent leur instruction dans la langue de la minorité exige de la part des autorités l'établissement d'un programme d'instruction dans cette langue. Selon les tribunaux, il doit s'agir d'un véritable programme d'instruction dans la langue de la minorité [21] et non pas simplement d'un programme dans lequel la langue de la minorité est la langue de conversation ou un sujet d'enseignement [22]. Cela exclut évidemment un programme d'immersion dans cette même langue, lequel est plutôt conçu pour les enfants de la majorité [23]. Le programme doit être homogène sur le plan linguistique ce qui ne signifie pas que la totalité du temps d'instruction se fait dans la langue de la minorité. Un nombre minimum d'heures d'enseignement de la langue seconde à déjà été jugé comme constituant une limite raisonnable à l'article 23, s'il s'agit véritablement d'une limite [24]. On peut avouer toutefois qu'une proportion trop élevée d'enseignement de la langue de

21. *Mahé* c. *La Reine, supra*, note 4; *Marchand* c. *The Simcoe County Board of Education & al, supra*, note 9; *Re Reference Respecting The School Act, P.E.I. and Minority Language Educational Rights, supra*, note 5.

22. *Mahé* c. *La Reine, supra*, note 4.

23. *S.A.N.B.* c. *Minority Language School Board No. 50, supra*, note 16.

24. *Mahé* c. *La Reine, supra*, note 4.

la majorité à l'intérieur d'un programme d'instruction dans la langue de la minorité serait contraire à l'article 23.

27. Un véritable programme d'instruction dans la langue de la minorité doit comporter tout ce qui est nécessaire sur le plan pédagogique et raisonnable sur le plan des coûts pour que l'instruction soit efficace de sorte que l'élève puisse devenir suffisamment autonome dans la langue de la minorité pour participer pleinement à la vie de cette communauté [25]. Pour cela, on pourrait exiger du personnel enseignant des qualifications spéciales, l'utilisation de la langue de la minorité pour l'administration dudit programme et même, s'il le faut, des mesures d'isolement des étudiants de la minorité pour empêcher leur intégration au sein des élèves de la majorité [26].

28. Puisque l'article 23 repose sur un fondement d'égalité, l'instruction offerte dans la langue de la minorité doit être de nature équivalente à celle offerte dans la langue de la majorité [27]. Il ne s'agit pas de tout dédoubler [28] mais l'instruction doit être totale et complète et non pas limitée, partielle et nécessairement de qualité inférieure. Selon un tribunal, le constituant n'a pas voulu enchâsser dans la Constitution, à l'article 23, un droit moindre, un droit inférieur pour la minorité [29].

29. À cet égard, 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 majorité uniquement. Certains établissements peuvent avoir adopté des politiques d'admission qui ne distinguent pas entre les enfants des parents qualifiés et ceux de la majorité. Dans de tels cas, les politiques ont pour résultat de minoriser davantage les enfants du groupe minoritaire à l'intérieur d'un programme d'instruction qui leur est pourtant destiné. Enfin, compte tenu des déficiences sur le plan linguistique notées chez les enfants de certaines communautés minoritaires en voie d'assimilation, le programme régulier d'instruction dans la langue de la minorité apparaît inadéquat, non adapté au contexte. Les parents devront alors exiger des autorités l'établissement d'un programme d'apprentissage apte à combler les lacunes linguistiques des enfants assimilés et à favoriser leur intégration

---

25. *Ibid.*

26. *Ibid.* Voir aussi : *Re Reference Respecting The School Act, P.E.I. and Minority Language Educational Rights, supra*, note 5.

27. Voir *supra*, par. 7.

28. *Commissions des Écoles Fransaskoises* c. *Gov. of Saskatchewan, supra*, note 4.

29. *Marchand* c. *The Simcoe County Board of Education, supra*, note 9.

éventuelle au sein du programme régulier. Un juge a récemment ordonné au ministère de l'Éducation de la Nouvelle-Écosse de tenir compte de ces particularités dans l'élaboration d'un programme d'instruction dans la langue de la minorité [30].

30. On a jugé que le droit à l'instruction dans la langue de la minorité ne s'étend pas à la gestion de cette instruction [31]. En mars 1988, la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard a toutefois jugé que ce droit prévu au paragraphe 23(1) englobe implicitement le droit de la minorité de langue officielle de participer à l'élaboration du programme d'instruction ainsi qu'à son application ou transmission [32]. Il serait inconcevable que le constituant ait voulu conférer à la minorité de langue officielle de chaque province le droit à l'instruction dans sa langue sans nécessairement avoir voulu inclure de façon implicite le droit de cette minorité de participer à l'élaboration du programme d'instruction ainsi qu'à sa transmission. Tout comme il serait inexact d'affirmer que la même minorité possède le droit constitutionnel de recevoir son instruction dans sa langue et d'autre part, de laisser le contrôle du programme et de son développement entre les mains de la majorité.

31. Selon la Cour, ce droit de participation peut s'exercer en partie à travers le processus d'élection des commissaires scolaires et celui du travail accompli par les responsables du ministère de l'Éducation d'une province. Le droit de participation s'applique à ces deux niveaux au moyen de l'association d'un nombre adéquat de membres de la minorité. C'est ainsi que, dans la mesure où le nombre ne justifie pas l'exercice du droit de gestion ou de celui aux établissements, le droit de participation permet de mieux protéger les droits scolaires constitutionnels de la minorité de langue officielle. La loi doit reconnaître ce droit sous peine d'être déclarée incompatible avec l'article 23.

32. La reconnaissance judiciaire de ce droit implicite en faveur des minorités de langue officielle constitue un net progrès là où les communautés de la minorité sont dispersées et peu nombreuses. Puisque l'exercice du droit à l'instruction est soumis à un test de la suffisance du nombre moins exigeant que pour l'exercice des droits aux établissements et à la gestion, cette décision signifie que dès que le premier droit est reconnu, les autorités scolaires et gouvernementales doivent au moins s'assurer du concours des membres de la minorité pour élaborer, développer et appliquer le programme d'instruction qui lui est destiné.

33. Le tribunal n'a pas élaboré sur la forme que pourrait revêtir l'exercice par la minorité de ce droit de participation si ce n'est pour dire

---

30. *Lavoie* c. *A.G. of Nova Scotia & The Cape Breton District School Board, supra*, note 15.

31. *Mahé* c. *La Reine, supra*, note 4.

32. *Re Reference Respecting The School Act, P.E.I. and Minority Language Educational Rights, supra*, note 5.

qu'il doit s'associer aux conseils scolaires et à l'administration provinciale. On peut imaginer qu'un processus de consultation serait probablement jugé suffisant à cet égard. La reconnaissance judiciaire d'un tel droit comporte aussi, à notre avis, un danger : celui de la dilution du droit de gestion conféré par l'article 23 à la minorité de langue officielle et de sa transformation en simple droit de participation, sans pouvoir décisionnel véritable. La reconnaissance de ce droit de participation s'inscrit à l'intérieur des structures scolaires actuelles, mises en place en fonction des besoins de la majorité linguistique d'une province. C'est elle qui élit les autorités scolaires; la minorité a, quant à elle, peu d'emprise sur l'appareil administratif du gouvernement et y est peu représentée. Dans la mesure où ce droit de participation est reconnu par un tribunal, se pourrait-il que ce dernier se montre plus exigeant quant à la démonstration d'un nombre suffisant pour justifier l'exercice par la minorité du droit de gestion? Se pourrait-il que la plupart des provinces se montrent moins empressées à modifier les frontières et structures scolaires actuelles, élaborées pour les besoins de la majorité, de sorte à véritablement respecter les droits scolaires constitutionnels de leur minorité de langue officielle?

B. LE DROIT AUX ÉTABLISSEMENTS

34. 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. On sait que la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que l'article 23 signifie que les enfants de la minorité reçoivent leur instruction dans des établissements dans lesquels l'environnement est celui de cette minorité [33]. L'école doit être perçue comme étant un milieu de vie et un centre de développement de sorte à refléter la culture de la minorité. On peut donc affirmer que l'article 23 protège l'intégrité linguistique et culturelle des écoles de la minorité. Elle s'applique aussi bien à l'égard du programme d'instruction que des établissements où est dispensé le programme. Si le nombre est insuffisant, l'utilisation conjointe des écoles demeure un compromis nécessaire quoique imparfait [34].

35. L'expression « établissements d'enseignement de la minorité linguistique » utilisée à l'alinéa 23(3)b) signifie aussi quelque chose de plus qu'une simple école. Si le nombre le justifie, l'article 23 garantirait

33. *Re Minority Language Educational Rights, supra*, note 3.
34. *Commission des Écoles Fransaskoises* c. *Gov. of Saskatchewan, supra*, note 4.

un véritable système scolaire, avec toute sa complexité et ses coûts, qui offre non seulement une éducation de qualité équivalente à celle offerte aux enfants de la majorité mais qui est aussi sous le contrôle de la minorité ou de ses représentants [35]. La loi doit prévoir ce droit aux établissements [36].

36. Les ressources mises à la disposition des élèves de la minorité doivent être de qualité équivalente à celles offertes aux enfants de la majorité [37]. Il s'agit ici d'équivalence comparable en termes de commodités et d'opportunités offertes aux enfants de la minorité [38]. L'article 23 n'exige évidemment pas l'égalité parfaite dans ce domaine. Des coûts additionnels, même s'il s'agit là d'un facteur pertinent, ne constituent pas une raison valide pour empêcher la création d'établissements d'enseignement et nier ainsi des droits constitutionnels [39]. Si le nombre justifie la création d'un établissement, alors celui-ci doit être localisé dans un endroit qui est raisonnablement accessible pour les élèves du groupe minoritaire. Un conseil scolaire ne peut refuser un emplacement raisonnablement accessible aux enfants du groupe minoritaire sous prétexte unique qu'aucun élève de la majorité ne doit être déplacé pour les accommoder. L'article 23 constitue une limite à la compétence traditionnelle des provinces et des conseils scolaires dans ce domaine [40].

37. Très souvent, les parents vont contester la pratique des classes combinées ou des écoles mixtes lesquelles sont perçues comme étant de véritables foyers d'assimilation des élèves du groupe minoritaire. D'autre part, certains parents vont s'objecter à la création d'établissements distincts pour les élèves de la minorité. À leurs dires, l'école de la majorité constitue un milieu multiculturel garantissant que leurs enfants parleront la langue de la majorité. Les membres de la minorité apparaissent donc divisés à cet égard mais le phénomène reste localisé.

38. Le législateur possède l'obligation de fournir des établissements d'enseignement qui font partie de la structure sociale et culturelle de la minorité [41]. Mais puisque l'article 23 a été considéré comme étant le résultat d'un compromis politique, on a jugé qu'il revient à la province de déterminer elle-même la forme institutionnelle que doit revêtir la mise en

35. *Mahé* c. *La Reine, supra*, note 4.

36. *Re Reference Respecting The School Act, P.E.I. and Minority Language Educational Rights, supra*, note 5.

37. *Re Minority Language Educational Rights, supra*, note 3; *Marchand* c. *The Simcoe County Board of Education & al, supra*, note 9.

38. *Re Reference Respecting The School Act, P.E.I. and Minority Language Educational Rights, supra*, note 5.

39. *Lavoie* c. *A.G. of Nova Scotia & The Cape Breton District School Board, supra*, note 15.

40. *Ibid.*

41. *Marchand* c. *The Simcoe County Board of Education, supra*, note 9.

œuvre des droits scolaires octroyés à la minorité[42]. Malgré l'inaction flagrante de certaines provinces et de conseils scolaires, les tribunaux se refusent à imposer aux autorités le choix d'un modèle en la matière.

39. Certains établissements de la minorité pratiquent une politique restrictive d'admission et refusent à certains enfants de parents qualifiés l'entrée à l'école. Ils fondent de telles pratiques sur la nécessité de préserver l'intégrité linguistique de leur environnement. L'équilibre reste à construire entre cet objectif légitime et le respect des droits scolaires des parents qualifiés. Mais bien souvent, le problème principal en est un de ressources et plusieurs se plaignent du caractère nettement insuffisant des ressources mises à leur disposition.

40. Le droit aux établissements est intimement lié au droit de gestion. Généralement, les structures scolaires actuelles ont été mises en place pour desservir les élèves de la majorité et sont contrôlées par cette dernière. Les parents du groupe minoritaire ne jouissent bien souvent d'aucun pouvoir décisionnel quant à la création d'un établissement, son emplacement, l'affectation en ressources humaines et matérielles ou son caractère permanent. Puisque c'est la majorité qui gouverne, le recours judiciaire peut constituer un moyen adéquat pour faire respecter les droits constitutionnels des parents. L'intervention judiciaire demeurera alors ponctuelle mais aussi très efficace, par exemple, en imposant au conseil scolaire un site central où devra être situé l'établissement de la minorité ou encore, en ordonnant la construction d'ajouts à des structures existantes d'un établissement dont les ressources matérielles auront été jugées déficientes.

C. LE DROIT DE GESTION

41. Lorsque le nombre le justifie, la minorité de langue officielle de chaque province possède le droit constitutionnel de gérer ses propres établissements d'enseignement[43]. On a jugé que ce droit de gestion octroyé à la minorité par l'alinéa 23(3)b) signifie le pouvoir de prendre des décisions relatives (i) à la dépense des fonds destinés à l'éducation dispensée aux enfants de la minorité, (ii) à la nomination et à la supervision des administrateurs des programmes et des établissements, (iii) à l'établissement des programmes d'instruction, (iv) au recrutement du personnel enseignant et autre et, (v) à la conclusion d'ententes avec d'autres autorités scolaires en vue de la prestation de l'enseignement[44].

---

42. *Mahé* c. *La Reine*, *supra*, note 4; *Commission des Écoles Fransaskoises* c. *Gov. of Saskatchewan*, *supra*, note 4.

43. *Re Minority Language Educational Rights*, *supra*, note 3.

44. *Mahé* c. *La Reine*, *supra*, note 4.

Le droit de gestion s'entend donc d'un contrôle exclusif en faveur du groupe minoritaire et il englobe aussi bien les questions relatives au programme d'instruction qu'aux établissements où est dispensée l'instruction. Plus le nombre d'élèves est important, plus le degré de contrôle octroyé à la minorité doit être élaboré [45].

42. Mais on a aussi décidé qu'il revient exclusivement à la province de déterminer elle-même la forme que doit revêtir ce contrôle. Au Nouveau-Brunswick, le réseau scolaire est carrément divisé sur la base linguistique. Au Québec, les commissions scolaires possèdent leur réseau d'écoles françaises et anglaises. En 1986, le législateur ontarien pourvoyait à l'établissement d'une section de la minorité linguistique au sein d'un conseil scolaire qui a sous sa supervision une classe ou une école de la minorité. Les membres de cette section possèdent une compétence exclusive quant à l'établissement d'unités d'enseignement dans la langue de la minorité, à leur administration, à l'admission des élèves, aux programmes, au recrutement et à la conclusion d'ententes avec d'autres conseils. On a aussi prévu la création de conseils scolaires de langue française dans certains cas.

43. Mais généralement, il s'agit là d'un domaine où l'inaction provinciale demeure la règle même six ans après l'adoption de la *Charte canadienne*. Même si un tribunal a jugé que l'absence complète de dispositions dans une loi concernant un mécanisme de gestion par la minorité de ses établissements la rend inconstitutionnelle [46], un autre a jugé que le silence du législateur ne contredisait pas l'article 23 [47]. À ce chapitre, on sait que les tribunaux refusent d'imposer un modèle au législateur. La forme lui appartient. On a aussi jugé que s'il existe un nombre suffisant pour justifier la création d'un programme d'instruction dans la langue de la minorité, mais non la création d'un établissement séparé, alors il ne s'ensuit pas un droit de gestion en faveur de cette minorité [48]. On semble donc lier l'existence du droit de gestion à celle du droit aux établissements de la minorité. Dans ce dernier cas, un simple système de consultation auprès du groupe minoritaire aurait été jugé suffisant. Enfin, rappelons que la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard a renchéri en distinguant nettement entre le droit de gestion conféré par l'alinéa 23(3)b), lequel exige la démonstration d'un nombre important et le droit de participer à l'élaboration du programme conféré par l'alinéa 23(1)a), lequel exige un nombre moins important [49]. Cette

45. *Ibid.*
46. *Re Minority Language Educational Rights, supra*, note 3.
47. *Mahé* c. *La Reine, supra*, note 4, (C.A. Alb.).
48. *Commission des Écoles Fransaskoises* c. *Gov. of Saskatchewan, supra*, note 4.
49. *Re Reference Respecting the School Act, P.E.I. and Minority Language Educational Rights, supra*, note 5.

décision, généreuse à prime abord, peut avoir comme résultat que les tribunaux se montreront beaucoup plus sévères quant à l'établissement de la suffisance du nombre pouvant justifier l'exercice du droit de gestion.

44. 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 pour les tribunaux favorisent le statu quo.

IV. LA MISE EN ŒUVRE DES DROITS SCOLAIRES ET LES LIMITES APPLICABLES

45. Pour garantir l'exercice effectif d'un droit linguistique, l'État doit poser un geste concret pour favoriser sa mise en œuvre. Les droits scolaires octroyés par l'article 23 à la minorité de langue officielle de chaque province n'ont de sens véritable que si les institutions nécessaires à leur mise en œuvre ont été mises en place. En vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* (art. 93), ce sont les provinces qui possèdent la compétence législative exclusive en matière d'éducation. Il leur revient donc de mettre en œuvre les droits scolaires garantis aux minorités de langue officielle par l'article 23.

46. Nous avons déjà souligné le peu d'empressement de certaines provinces à mettre en œuvre les droits scolaires constitutionnels. Même si on a jugé que les droits doivent être établis par des lois générales, garantissant à tous un traitement égal et juste plutôt que par contestation judiciaire [50], en pratique, la minorité de langue officielle n'a souvent pas d'autre choix. L'intervention judiciaire s'explique par le peu d'influence que les membres du groupe minoritaire ont auprès du pouvoir politique de certaines provinces ainsi que par leur statut de minorité au sein des structures scolaires. Les démarches judiciaires auront pour objectifs (i) de faire reconnaître et déclarer les droits scolaires constitutionnels de la minorité de langue officielle et (ii) de les faire mettre en œuvre. Dans la mesure où c'est la législation scolaire de chaque province ainsi que

50. *Marchand* c. *The Simcoe County Board of Education & al, supra*, note 9.

l'application de l'article 23 qui sont en cause, la problématique juridique varie peu d'un endroit à l'autre. Mais, finalement, chaque situation est unique de par son contexte particulier. La multiplication des litiges et le nombre d'étapes judiciaires nécessaires représentent des coûts importants pour le groupe minoritaire. Souvent les démarches judiciaires sont entreprises par des groupes de parents ou des associations porte-parole de la minorité. Aussi, il se peut que les revendications concernant le respect des droits scolaires conduisent à l'établissement d'un consensus chez les membres de la minorité, mais ce n'est pas toujours le cas.

47. Il faut retenir que le constituant n'a certes 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 rectifier [51]. C'est la responsabilité du législateur de chaque province d'édicter des lois donnant suite efficacement à ces droits. 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 négative [52]. 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 domaine [53]. D'autres ont jugé à l'inverse que le silence du législateur ne pouvait contredire les dispositions de l'article 23 [54].

48. On a cependant jugé que la mise en œuvre des droits scolaires ne doit pas être confiée au pouvoir discrétionnaire des conseils scolaires [55]. Si les structures ont été mises en place, les tribunaux n'ont pas à se demander s'il s'agit là du meilleur moyen de mise en œuvre des droits scolaires, mais seulement si c'est acceptable sur le plan constitutionnel [56]. Le compromis politique dont est issu l'article 23 signifie que c'est la province qui choisit elle-même la forme institutionnelle à travers laquelle s'exerceront les droits scolaires.

49. L'article 23 comporte ses propres limites. Le droit à l'instruction dans la langue de la minorité (al. 23(3)a) et ceux aux établissements ainsi qu'à leur gestion (al. 23(3)b) 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 ou

---

51. *Ibid.* Voir aussi : *Quebec Association of Protestant School Boards* c. *P.G. Québec, supra*, note 5.

52. *Ibid.*

53. *Re Reference Respecting the School Act, P.E.I. and Minority Language Educational Rights, supra*, note 5.

54. *Mahé* c. *La Reine, supra*, note 4.

55. *Re Minority Language Educational Rights, supra*, note 3.

56. *Commission des École Fransaskoises* c. *Gov. of Saskatchewan, supra*, note 4.

d'une école dépend de nombreux facteurs tels le territoire scolaire, le site, les moyens de transport, l'âge des élèves, etc. Selon Foucher,

> La question de la suffisance du nombre se pose dans le contexte d'un choix entre l'ouverture d'une classe dans une école de la majorité, l'ouverture d'une école de la minorité et le transport vers un autre établissement. Mais il ne devrait pas être question de choisir entre le fait d'offrir ou de ne pas offrir l'instruction en français, ni de choisir entre l'instruction en français et l'immersion en français [57].

Autrement dit, le test de la suffisance du nombre vaut à l'égard de la mise en œuvre des droits scolaires mais non à l'égard de leur existence.

50. Il est évident que le test du nombre va de pair avec la région où la mise en œuvre des droits est réclamée. Il varie selon qu'il s'agit de la mise en œuvre du droit à l'instruction ou du droit aux établissements. Dans ce dernier cas, le test est plus exigeant [58]. Par exemple, il peut exister un nombre suffisant d'élèves pour justifier la création d'un programme d'instruction dans la langue de la minorité mais non la création d'un établissement séparé ; dans un tel cas, la minorité ne pourrait prétendre exercer un droit de gestion et un système de consultation serait probablement jugé suffisant compte tenu du droit de participation contenu implicitement dans le droit à l'instruction [59].

51. On a jugé que l'établissement à l'avance dans une loi d'un nombre minimal d'enfants pour que l'instruction dans la langue de la minorité soit offerte, sans égard au territoire, est arbitraire et incompatible avec l'article 23 [60]. De la même façon, des dispositions législatives ontariennes qui délèguent à un conseil scolaire le pouvoir discrétionnaire de s'enquérir lui-même de la suffisance du nombre sont contraires à l'article 23, à moins que la loi ne fixe elle-même des critères précis à cet égard [61]. Mais la situation peut varier d'une province à l'autre et, par exemple, si un nombre minimal de 15 élèves a été jugé valide en Saskatchewan, un nombre de 25 élèves a été jugé quant à lui invalide en Ontario [62]. Si une disposition réglementaire empêche des parents qualifiés mais résidant en dehors des limites d'un district scolaire de se prévaloir de l'instruction dans la langue de la minorité, elle est invalide [63]. Si un règlement exige la démonstration qu'un programme d'instruction dans

---

57. P. FOUCHER, « Les droits linguistiques en matière scolaire » *in Les droits linguistiques au Canada*, Montréal, Éd. Yvon Blais, 1986, p. 303.

58. *Re Reference Respecting the School Act, P.E.I. and Minority Language Educational Rights, supra*, note 5.

59. *Commission des Écoles Fransaskoises* c. *Gov. of Saskatchewan, supra*, note 4.

60. *Re Minority Language Educational Rights, supra*, note 3.

61. *Ibid.*

62. *Commission des Écoles Fransaskoises* c. *Gov. of Saskatchewan, supra*, note 4 ; *Re Minority Language Educational Rights, supra*, note 3.

63. *Ibid.*

la langue de la minorité, avant d'être établi, soit viable pour une durée de trois ans consécutifs, le règlement est invalide [64]. Les droits scolaires s'exercent non pas à l'échelle provinciale mais là, dans la province, où leur mise en œuvre est réclamée; et leur exercice ne peut dépendre de la durée d'un programme viable. De telles pratiques permettraient l'exercice d'une discrétion pouvant conduire au non-respect des droits scolaires constitutionnels.

52. La mise en œuvre des droits scolaires ne doit pas dépendre du pouvoir discrétionnaire des conseils scolaires même si ces derniers ont l'obligation de rassembler les élèves à l'intérieur d'une classe ou d'un établissement. Selon la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard, le législateur ou le gouvernement (lieutenant-gouverneur en conseil) constituent des organismes adéquats pouvant agir dans ce domaine [65]. Le tribunal se fonde sur la prémisse que ceux-ci agiront équitablement. Ils sont bien placés pour savoir ce qui est le mieux pour la province et ils ne seront pas influencés par des considérations régionales, contrairement aux conseils scolaires [66]. De telles affirmations judiciaires nous paraissent, quant à nous, candides sinon naïves, surtout dans une province où aussi bien le législateur que le gouvernement se sont moqué des droits des Acadiens.

53. Si le nombre est insuffisant, les autorités peuvent fournir des alternatives comme l'utilisation conjointe d'un établissement d'enseignement ou encore, diriger les élèves vers un programme d'immersion. Les tribunaux se sont montrés très sévères à l'égard de l'établissement du nombre pour que les droits scolaires puissent s'exercer. À l'Île-du-Prince-Édouard, la Cour d'appel fut d'avis que des données statistiques établissant le nombre de personnes de la minorité francophone ne constituent pas une preuve adéquate à ce niveau [66a]. Au Cap Breton, une enquête démontrant l'existence probable de 300 à 400 enfants de parents qualifiés n'a pas été jugée concluante quant à la détermination d'un nombre suffisant pour justifier et la création d'un programme d'instruction dans la langue de la minorité et celle d'un établissement autonome. Les tribunaux considèrent que la suffisance du nombre ne peut être établie que si les parents connaissent la nature du programme et le site de l'école ; ce n'est qu'à ce moment que ceux-ci pourront décider d'exercer ou non leurs droits scolaires et que les autorités pourront se prononcer sur la suffisance du nombre [67]. Bien souvent, le groupe minoritaire n'a aucune

64. *Ibid.*

65. *Re Reference Respecting the School Act, P.E.I. and Minority Language Educational Rights, supra*, note 5.

66. *Ibidem.*

66a. *Ibidem.*

67. *Supra*, note 15.

emprise à ce niveau. C'est la majorité qui décide du programme, de son contenu et du site d'une école. Au lieu d'exiger que les ressources soient mises en place, les tribunaux peuvent donc adopter une attitude très exigeante pour le groupe minoritaire. À Edmonton, la présence de 242 élèves fut jugée suffisante pour justifier l'existence d'un programme français mais non celle d'un établissement de langue française. C'est au groupe minoritaire de prouver que le nombre d'élèves admissibles est suffisant pour justifier l'établissement d'un système autonome égal à ce qui est offert et à des coûts raisonnables [68].

54. Si l'article 23 contient ses propres limites quant à sa mise en œuvre, les tribunaux n'en ont pas moins identifié d'autres. Il est certain que la suffisance du nombre implique la question des coûts. On a jugé que la question du nombre est en effet étroitement reliée à celle des coûts raisonnables. Pour la Cour d'appel de l'Alberta, les garanties scolaires octroyées par l'article 23 sont limitées par ce qui est raisonnablement réalisable sur le plan économique. Ainsi, compte tenu de la difficulté de rejoindre les membres de la minorité, divisés sur le plan religieux et sur celui des aspirations culturelles, compte tenu de la difficulté de connaître les arrangements nécessaires pour réduire les coûts qu'entraînerait l'établissement d'un système distinct, le tribunal a jugé que les demandeurs, des parents francophones, n'avaient pas prouvé la suffisance du nombre [69]. Cette limite additionnelle des coûts serait justifiée à cause du statut de minorité. Ce genre de raisonnement fait peu de cas de l'obligation pour l'État d'adopter des mesures spéciales à préserver l'environnement de la minorité de langue officielle.

55. Certains ont toutefois jugé que le constituant savait qu'en garantissant des droits scolaires lorsque le nombre le justifie, cela exigerait des dépenses additionnelles de fonds publics. Aussi, même si les coûts demeurent un facteur pertinent quant à la mise en œuvre des droits scolaires, le simple fait que des coûts additionnels soient nécessaires ne constitue pas une raison pour nier ces mêmes droits [70].

56. Non seulement, l'importance des coûts représente une limite à l'exercice des droits scolaires, mais de plus, ces derniers peuvent être limités par l'article 1 de la *Charte canadienne*. Cet article prescrit que les droits et libertés énoncés dans la *Charte* ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. En Alberta, on a jugé qu'un règlement exigeant qu'entre

68. *Supra*, note 5.

69. *Mahé* c. *La Reine, supra*, note 4.

70. *Lavoie* c. *A.G. of Nova Scotia & The Cape Bretoon District School Board, supra*, note 15; Voir aussi : *Marchand* c. *The Simcoe County Board of Education & al, supra*, note 15.

14 et 20 % du temps d'enseignement à l'intérieur du programme français d'instruction soit consacré à l'anglais, comme étant une mesure raisonnable au sens de l'article 1[71]. Quant à nous, nous croyons qu'une limite à l'exercice des droits scolaires garantis par l'article 23 ne doit pas équivaloir à une négation de ces droits[72].

57. Enfin, on a aussi jugé que les droits scolaires octroyés à la minorité de langue officielle sont aussi limités par les droits confessionnels protégés par la Constitution en vertu de l'article 29 de la *Charte canadienne*[73]. 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. Quant à nous, nous croyons que cet article ne constitue pas une limite supplémentaire. Il vise simplement la coexistence des droits linguistiques reconnus en matière scolaire par l'article 23 avec les droits confessionnels. Il signifie que la mise en œuvre des garanties scolaires ne doit pas affecter l'exercice des droits confessionnels. Il est surprenant de constater comment certains tribunaux après avoir déclaré les droits scolaires se sont empressés d'en identifier les limites à leur exercice.

58. Même si les garanties scolaires octroyées par l'article 23 sont des droits constitutionnels, il demeure possible d'y renoncer. Dans un tel cas, la renonciation doit être faite volontairement et avec la connaissance entière de l'effet de la renonciation pour la personne en faveur de qui le droit existe[74]. Cela signifie qu'au minimum, les autorités scolaires doivent porter à l'attention des parents qualifiés l'existence, le contenu et tout ce qui est pertinent de savoir quant au programme d'instruction offert ou pouvant être offert dans la langue de la minorité.

59. L'attitude passive de plusieurs provinces et l'attitude négative de certains conseils scolaires ont obligé le groupe minoritaire à s'adresser aux tribunaux. C'est relativement à la mise en œuvre des droits scolaires et, comme nous le verrons, aux formes possibles de réparation que la solution judiciaire apparaît moins généreuse et plus contraignante pour les minorités de langue officielle. Cette solution revient à exiger des minorités qu'elles démontrent la suffisance de leur nombre en vue de justifier l'existence de leurs droits plutôt que d'obliger les autorités concernées à mettre en place les structures et les composantes nécessaires à l'exercice des droits. Si on sait que le test du nombre varie selon la nature des droits réclamés, on sait également qu'il est exigeant. Mais peu d'indications précises ont été fournies dans ce domaine par les tribunaux

71. *Mahé* c. *La Reine, supra*, note 4.
72. *Quebec Association of Protestant School Boards* c. *P.G. Quebec, supra*, note 5.
73. *Mahé* c. *La Reine, supra*, note 4.
74. *Marchand* c. *The Simcoe County Board of Education & al, supra*, note 15.

si ce n'est pour dire que de nombreuses limites peuvent affecter l'exercice des droits scolaires. Les tribunaux, en majorité, semblent s'en remettre à la bonne foi des autorités en place.

V. LES FORMES DE RÉPARATION

60. L'article 23 octroie aux minorités de langue officielle des droits scolaires constitutionnels. Même si chaque province possède exclusivement le pouvoir de légiférer en matière d'éducation, cette compétence est limitée par l'article 23 et il revient à la province de le mettre en œuvre. En cas de violation, deux situations s'offrent à des fins d'analyse.

61. Dans un premier cas, des dispositions législatives en vigueur dans une province sont en conflit avec les droits scolaires octroyés par l'article 23. Dans le second, un droit scolaire n'est pas exécutoire en raison d'un empêchement quelconque, l'insuffisance du nombre par exemple, ou de l'absence de volonté d'y donner suite. À cet égard, les tribunaux assurent deux formes de contrôle : le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des dispositions législatives et le contrôle judiciaire de l'action ou de l'inaction des autorités impliquées. Notre système judiciaire repose sur la primauté de la règle de droit. Le citoyen lésé peut donc exiger du pouvoir judiciaire qu'il rétablisse ses droits.

62. Le contrôle de la constitutionnalité des textes législatifs est confirmé par l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui permet au juge de déclarer inopérante toute règle de droit incompatible avec la Constitution du Canada. L'article 24 de la *Charte canadienne* permet à toute personne victime de violation ou de négation de ses droits garantis, dont les droits scolaires octroyés par l'article 23, de s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que ce dernier estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Cette disposition autorise donc les tribunaux à jouer un rôle plus actif en ce qui concerne l'application effective des droits scolaires garantis aux minorités de langue officielle par l'article 23.

63. On sait que, de plus en plus, la thèse du compromis politique est utilisée dans l'interprétation de l'article 23. Dans la mesure où cet article est, ni plus ni moins, un compromis entre la compétence exclusive des provinces en matière d'éducation et l'idée de la protection du groupe minoritaire officiel dans chaque province, il invite les tribunaux à faire preuve de réserve dans le choix des remèdes. Ces derniers répugneront quelquefois à imposer une solution judiciaire aux litiges scolaires et se contenteront de déclarer les droits.

64. Plusieurs raisons peuvent expliquer la multiplication des litiges scolaires partout au Canada. D'abord, l'article 23 lui-même a été rédigé

d'une façon telle que l'interprétation judiciaire était inévitable sinon recherchée volontairement par le constituant. Il est clair que les rédacteurs de l'article ont voulu laisser le soin au pouvoir judiciaire d'en délimiter le contenu de façon spécifique. Contrairement à la décision politique, la décision judiciaire prête moins à controverse et est généralement mieux acceptée par la population. Par exemple, le droit de gestion n'est pas explicitement décrit à cet article. C'est la Cour d'appel de l'Ontario qui, la première, s'est prononcée clairement sur cette question [75] et sa décision fait autorité depuis. Ensuite, l'article 23 contient ses propres limites ; il était aussi inévitable que les tribunaux soient appelés à se prononcer quant à l'application de ces limites, par exemple la suffisance du nombre, dans des cas particuliers. En troisième lieu, les revendications des groupes minoritaires et surtout, l'inaction de certaines provinces ou l'attitude ouvertement hostile de plusieurs conseils scolaires débouchent inévitablement sur le recours judiciaire. Il faut finalement se souvenir que, parce que chaque province a l'obligation de mettre en œuvre les droits scolaires constitutionnels et qu'elle possède une compétence législative exclusive en matière d'éducation, ce sont la législation et la réglementation scolaires de *chaque* province qui risquent ainsi d'être contestées devant les tribunaux. Voilà pourquoi, même si les cas diffèrent, c'est généralement la même problématique qui est soulevée devant les tribunaux, à savoir : Quels sont les droits garantis? A-t-on donné suite à ces droits? Quel est le remède approprié?

65. La stratégie des demandeurs issus du groupe minoritaire de chaque province s'est souvent limitée à demander aux tribunaux (i) de déclarer leurs droits scolaires constitutionnels et (ii) de requérir l'invalidité de certaines dispositions législatives. Pour ce faire, les tribunaux ont dû non seulement interpréter l'article 23, en préciser le contenu et le champ d'application mais aussi considérer le contexte particulier qui était le leur pour se prononcer, par exemple, sur le test de la suffisance du nombre. À cet égard, les tribunaux ont généralement fourni des indications générales mais ont refusé d'en décrire tous les détails. Ils ont aussi identifié les autorités chargées de la mise en œuvre des droits scolaires.

66. Quelques demandeurs ont bien proposé des modèles de mise en œuvre des droits scolaires, comme par exemple l'établissement d'une commission scolaire de langue française à l'échelle provinciale. Invariablement, les tribunaux ont refusé d'entériner ces propositions ou de porter un jugement de valeur sur le choix fait par les autorités dans ce domaine. Ils se sont contentés de vérifier simplement si le système est acceptable sur le plan constitutionnel [76]. Même malgré l'inaction flagrante

75. *Re Minority Language Educational Rights, supra*, note 3.

76. *Commission des Écoles Fransaskoises* c. *Gov. of Saskatchewan, supra*, note 4 ; *Re Reference Respecting the School Act, P.E.I. and Minority Language Educational Rights, supra*, note 5 ; *Mahé* c. *La Reine, supra*, note 4.

d'une province à mettre en œuvre les droits scolaires garantis par l'article 23, un tribunal a refusé d'utiliser des remèdes coercitifs contre les autorités en cause et a préféré miser sur leur bonne foi, une fois le droit établi [77]. Cette réserve judiciaire était prévisible et elle est liée à la nature même des droits scolaires. Puisque la mise en œuvre effective de ces droits nécessite l'intervention du législateur, on s'est demandé comment le pouvoir judiciaire pouvait obliger une législature à agir dans ce domaine.

67. Certains tribunaux ont joué un rôle plus actif à ce niveau. En Ontario, la Cour suprême n'a pas hésité à pointer du doigt la responsabilité du législateur d'édicter des lois pour fournir les moyens adéquats à la mise en œuvre des droits scolaires. Dans la mesure où celui-ci ne l'a pas fait, on a jugé inéquitable de placer les parents de la minorité de langue officielle dans une situation de dépendance face à un conseil scolaire affichant une attitude négative. Puisque le constituant a voulu modifier des régimes scolaires jugés déficients, le tribunal a ordonné aux autorités scolaires et au gouvernement ontarien de financer la construction d'ajouts à une école secondaire francophone [78].

68. Au Cap Breton, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a ordonné au conseil scolaire de procéder à une inscription afin de vérifier ultérieurement si le nombre justifie la création d'un programme d'instruction en français et l'établissement d'une école. Pour ce faire, les autorités provinciales ont dû préparer un programme d'instruction et y insérer un plan de rattrapage pour les enfants ayant des difficultés avec la langue de la minorité. La Cour a également imposé au conseil scolaire le choix d'un site raisonnablement accessible où pourrait être offert ledit programme. Ce genre d'attitude est évidemment très pragmatique. Mais il oblige la minorité à démontrer elle-même la suffisance de son nombre. Or, à cet endroit, les membres de la minorité apparaissent bien divisés sur la question scolaire.

CONCLUSION

69. C'est à la suite de l'analyse qui précède qu'il est possible d'affirmer que l'utilisation du recours judiciaire par les groupes minoritaires de langue officielle a permis une clarification du contenu, du champ d'application et des limites des droits scolaires garantis par l'article 23. En grande partie, la stratégie utilisée par ces groupes invitait d'abord le tribunal à déclarer les droits. Le libellé de l'article 23 oblige de toute façon à ce faire. À cet égard, l'instrument s'est révélé efficace. Nous

77. *Mahé* c. *La Reine, Id.*
78. *Marchand* c. *The Simcoe County Board of Education & al, supra*, note 15.

considérons qu'il s'agissait là d'une étape préliminaire mais inévitable dans chacune des provinces.

70. Au niveau de la mise en œuvre effective des droits scolaires, l'attitude judiciaire apparaît, sauf exceptions, plus mitigée et en quelque sorte plus soucieuse de respecter la compétence des provinces que de sanctionner les cas de violation. Cette attitude compromet l'efficacité du recours judiciaire comme instrument de sanction. Elle s'explique dans la mesure où les tribunaux considèrent qu'il ne leur revient pas de voir eux-mêmes à la mise en œuvre des droits scolaires, cette responsabilité appartenant aux provinces. L'attitude judiciaire s'est aussi révélée exigeante envers les minorités de langue officielle en ce qui a trait à la question de la justification par le nombre. Celle-ci pose directement le problème de la cohésion et de l'unité des membres du groupe minoritaire. Plus les membres de la minorité apparaissent divisés, moins les tribunaux seront enclins à donner une suite efficace aux garanties scolaires. Il faut finalement souligner que toutes les décisions rendues dans ce domaine, à l'exception d'une, l'ont été par des tribunaux provinciaux. Dans la mesure où certaines de ces décisions seront revues par la Cour suprême du Canada, il se peut que celle-ci trace la voie à suivre dans ce domaine, d'autant plus que son rôle vise à uniformiser le droit à cet égard. À la suite de quoi, les tribunaux pourront se montrer plus dirigistes.

71. Dans plusieurs provinces, généralement celles caractérisées par leur peu d'empressement à mettre en œuvre les droits scolaires octroyés par l'article 23, la minorité de langue officielle jouit de peu d'influence politique réelle, d'aucune emprise véritable sur les autorités scolaires en place et quelquefois, ses membres paraissent divisés entre eux sur le plan de leurs aspirations culturelles et linguistiques. Une mise en œuvre efficace des droits scolaires partout au Canada exige de ces communautés qu'elle fassent preuve d'unité et qu'elles cherchent à se regrouper. La réalité et le statut de minorité ne les y convient pas tout le temps. Les membres des communautés de langue officielle doivent être davantage informés non seulement de leurs droits scolaires constitutionnels mais aussi des programmes existants et des objectifs poursuivis.

72. À l'heure actuelle, il nous semble que, même si une image générale est possible, la situation véritable qui existe à l'intérieur de chaque province est partiellement inconnue. Les contextes sont trop variés et spécifiques pour que nous puissions prétendre à un cliché complet dans ce domaine. Six ans après l'adoption de la *Charte canadienne*, un bilan serait de rigueur et il faudrait favoriser davantage la consultation et le regroupement de tous les organismes porte-parole des minorités ainsi que de ceux qui se préoccupent de la question, que ce soit le bureau du commissariat aux langues officielles, le secrétariat d'État et combien d'autres ! Une concertation sur le plan national permettrait de remédier à l'absence d'influence politique des minorités de langue officielle dans certaines provinces.