

De *Mackell* à *Mahe* : évolution des droits scolaires des minorités de langue officielle au Canada

Évolution de la pensée judiciaire autour des droits constitutionnels des minorités de langue officielle au Canada

Pierre Foucher

Volume 49, Number 1, 2019

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1062168ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1062168ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Foucher, P. (2019). De *Mackell* à *Mahe* : évolution des droits scolaires des minorités de langue officielle au Canada : évolution de la pensée judiciaire autour des droits constitutionnels des minorités de langue officielle au Canada. *Revue générale de droit*, 49(1), 111–173. <https://doi.org/10.7202/1062168ar>

Article abstract

Section 93 of the Constitution Act, 1867 was conceived as a measure of constitutional protection of the collective rights of Catholic or Protestant minorities, obtained before the colonies entered confederation. A vast majority of Catholics were Francophones while Protestants were Anglophones. When Ontario decided to impose the teaching in English in all provincial schools, French Catholics tried to invoke s 93 as a bar to that decision, in vain: the courts at the time interpreted s 93 in a narrow and literal way. In contrast, s 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms was interpreted by the courts in a contextual, liberal and evolutive manner, recognizing an implicit right to manage and control minority language schools. This paper aims to initiate a dialogue between these two constitutional guarantees aimed at the same minorities, the French language minority outside of Quebec and the English language minority in Quebec. It will also study the two main trials that have marked their judicial interpretation, Mackell at the beginning of the 20th century and Mahe at the end of the same century. The structural difference between the two clauses will be shown, and the judicial interpretative techniques used to give them meaning will be illustrated. Drawing from excerpts of the decisions at each judicial level, judicial notions of minority rights, of the role of constitutional guarantees and of the constitutional vision of Canada illustrated by these decisions will be analyzed.

De *Mackell* à *Mahe* : évolution des droits scolaires des minorités de langue officielle au Canada

Évolution de la pensée judiciaire autour des droits constitutionnels des minorités de langue officielle au Canada

PIERRE FOUCHER*

RÉSUMÉ

L'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 a été conçu comme une mesure de protection constitutionnelle des droits collectifs des minorités catholiques ou protestantes, obtenus avant l'entrée des colonies anglaises dans la confédération. La démographie faisait en sorte que les catholiques étaient majoritairement francophones et les protestants, majoritairement anglophones. Lorsque l'Ontario a voulu imposer l'enseignement en anglais dans toutes ses écoles, l'article 93 a été invoqué pour faire obstacle à cette réforme, mais en vain : les tribunaux de l'époque ont interprété l'article 93 de manière littérale et restrictive. Par contraste, l'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés a été interprété par les tribunaux de manière téléologique, libérale et évolutive, consacrant pour les minorités linguistiques officielles un droit implicite à la gestion de leurs écoles. Le présent texte entend faire dialoguer l'une avec l'autre ces deux dispositions constitutionnelles destinées à la protection des mêmes minorités nationales, soit la minorité francophone hors Québec et la minorité anglo-québécoise. L'article comparera également les deux principaux procès qui en ont marqué l'interprétation judiciaire, soit les affaires Mackell au début du XX^e siècle et Mahe à la fin de ce dernier. La différence de structure entre les deux dispositions sera mise en relief, et les techniques d'interprétation judiciaire utilisées pour en dégager le sens seront illustrées. À l'aide de nombreux extraits des jugements rendus à chaque palier judiciaire, les notions judiciaires de protection des minorités, du rôle des garanties constitutionnelles et de la vision constitutionnelle du Canada mise en lumière par ces décisions seront analysées.

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université d'Ottawa. L'auteur remercie la Fiducie Collection Bleue pour son aide financière à la recherche en vue de la préparation de ce travail, ainsi que M^e Jean-Michel Richardson, alors étudiant à la maîtrise à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, sous ma supervision, qui a effectué la recherche en vue de ce texte. Toute opinion, erreur ou omission est cependant mienne.

MOTS-CLÉS :

Éducation, minorités de langues officielles, interprétation judiciaire, droits constitutionnels, dualité canadienne, constitutionnalisme.

ABSTRACT

Section 93 of the Constitution Act, 1867 was conceived as a measure of constitutional protection of the collective rights of Catholic or Protestant minorities, obtained before the colonies entered confederation. A vast majority of Catholics were Francophones while Protestants were Anglophones. When Ontario decided to impose the teaching in English in all provincial schools, French Catholics tried to invoke s 93 as a bar to that decision, in vain: the courts at the time interpreted s 93 in a narrow and literal way. In contrast, s 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms was interpreted by the courts in a contextual, liberal and evolutive manner, recognizing an implicit right to manage and control minority language schools. This paper aims to initiate a dialogue between these two constitutional guarantees aimed at the same minorities, the French language minority outside of Quebec and the English language minority in Quebec. It will also study the two main trials that have marked their judicial interpretation, Mackell at the beginning of the 20th century and Mahe at the end of the same century. The structural difference between the two clauses will be shown, and the judicial interpretative techniques used to give them meaning will be illustrated. Drawing from excerpts of the decisions at each judicial level, judicial notions of minority rights, of the role of constitutional guarantees and of the constitutional vision of Canada illustrated by these decisions will be analyzed.

KEY-WORDS:

Education, official language minorities, judicial interpretation, constitutional rights, Canadian dualism, constitutionalism.

SOMMAIRE

Introduction	113
I. Deux dispositions : 93 et 23	116
A. L'article 93 : protéger le <i>statu quo</i> , s'en remettre aux législateurs	116
B. L'article 23 : un nouveau constitutionnalisme et des droits évolutifs	119
C. Les articles 93 et 23 : compromis politiques et effets de ceux-ci	122
1. Le compromis politique initial de l'article 93 et la marge de manœuvre provinciale	123
2. L'article 23 et la modification du <i>statu quo</i>	127

II.	<i>Mackell</i> et <i>Mahe</i> : genèse des litiges	130
A.	L'injonction <i>Mackell</i>	131
B.	<i>Mahe</i> , Martel, Dubé et l'Association Georges et Julia Bugnet . . .	133
C.	Jugements de première instance: l'architecture des droits et l'importance des faits	134
D.	En Cour d'appel: une approche différenciée des droits des minorités?	138
1.	La Cour d'appel de l'Ontario: «La langue de l'Empire, c'est l'anglais»	139
2.	La Cour d'appel de l'Alberta: les compromis politiques et l'idéal d'une école publique commune	144
E.	En dernière instance: l'interprétation littérale ou l'interprétation téléologique de la souveraineté législative des provinces en matière d'éducation	151
1.	Le Comité judiciaire du Conseil privé: respect du texte et des précédents	152
2.	La Cour suprême du Canada dans <i>Mahe</i> : interprétation téléologique et droits implicites	157
III.	La vision du Canada	165
	Conclusion: le contexte des décisions	169
	Annexe – Article 23 de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	172

INTRODUCTION

En 1912, les Franco-Ontariens et Franco-Ontariennes se virent privés de l'instruction en français dans leurs écoles par l'adoption d'un règlement provincial imposant l'instruction en anglais uniquement, à partir de la troisième année scolaire et pour le reste de la durée des études. Le clergé catholique francophone se plaça à l'avant-garde de la résistance à cette mesure et la Commission scolaire séparée catholique d'Ottawa choisit de ne pas l'appliquer. Une injonction fut demandée contre elle par un des conseillers scolaires, dénommé Mackell; au cours des débats judiciaires, l'étendue de la protection conférée par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹ fut portée à l'attention des tribunaux. En fin de compte, toutes les décisions judiciaires furent défavorables à la position défendue par les catholiques francophones.

1. *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, art 93, reproduite dans LRC 1985, annexe II, n° 5.

En 1983, un an après l'entrée en vigueur de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*², des parents francophones de l'Alberta, qui avaient ouvert une école privée, demandèrent la création d'une école publique de langue française et d'un conseil scolaire francophone pour la gérer. Devant le refus des autorités provinciales, Jean-Claude Mahe, Angéline Martel et Paul Dubé, ainsi que l'Association Georges et Julia Bugnet, dont ils étaient les membres fondateurs, décidèrent d'intenter une action fondée sur l'article 23 de la *Charte canadienne*, revendiquant un droit à des écoles et, surtout, à un organisme de gestion de celles-ci. Ils eurent gain de cause à chaque étape sur les principes, mais non sur l'application de ceux-ci ou sur les réparations ordonnées par la Cour. Toutefois, le ton judiciaire avait changé : les tribunaux adoptaient des méthodes d'analyse et d'interprétation fort différentes de celles de leurs prédécesseurs. En trois quarts de siècle, la pensée juridique avait évolué profondément sur ces questions.

Le but du présent texte est de procéder à une comparaison des deux dispositions constitutionnelles et de mettre en rapport les deux litiges judiciaires, afin de bien circonscrire les enjeux communs des deux batailles, d'évaluer les arguments mobilisés par les tribunaux dans chacune et de tenter de cerner la pensée juridique qui les anime.

Le lien entre les articles 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et 23 de la *Charte canadienne* est facile à faire et il l'a été en jurisprudence, ainsi que nous le verrons dans la conclusion. Chacun de ces deux textes entend protéger une minorité culturelle, en lui conférant la protection d'une garantie constitutionnelle, mais là s'arrêtent les ressemblances. L'article 93 est l'épitomé d'un droit collectif, un des seuls que reconnaît d'ailleurs explicitement la Constitution du Canada. L'article 23 est plus alambiqué, car il accorde des droits individuels dont l'objet est collectif, mais chacune de ces deux dispositions vise à mettre à l'abri de majorités intempestives un système scolaire destiné aux minorités, afin de permettre à ces dernières de transmettre leurs valeurs propres au moyen de l'éducation.

L'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* représente un premier effort juridique canadien de protéger et garantir par la constitution des droits en matière scolaire à l'intention des minorités. Son échec

2. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Charte canadienne*]. Le texte de l'article 23 est en annexe.

judiciaire à cet égard, consacré par l'arrêt *Mackell* en 1916³, a éventuellement conduit le constituant à compléter l'édifice juridique de la protection des droits scolaires des minorités de langue officielle en adoptant l'article 23 de la *Charte canadienne*. L'arrêt *Mahe*⁴, rendu par la Cour suprême du Canada en 1990, a montré que l'article 23 représente une réelle victoire pour les minorités francophones du Canada et s'est avéré le point de départ d'une jurisprudence beaucoup plus ouverte à l'évolution des droits des minorités linguistiques en éducation.

La première partie du présent article rappelle la genèse de chacune de ces deux dispositions. Par la suite, chacun des deux arrêts est analysé pour en dégager les éléments principaux relatifs à l'éclatement du conflit et à sa résolution éventuelle, puis à la conception du Canada manifestée par chaque arrêt et, enfin, à la conception même des droits fondamentaux des minorités⁵. Au terme de l'étude, il apparaîtra que la Cour suprême a tenté de faire converger les théories fondant les deux dispositions constitutionnelles qui portent sur le droit à l'éducation, tandis que le Comité judiciaire du Conseil privé, fidèle à son habitude, prônait une approche plus restrictive et respectueuse des pouvoirs provinciaux.

Il n'est pas anodin, non plus, de faire remarquer d'emblée que le choix de l'éducation comme cheval de bataille judiciaire des minorités n'est pas fortuit : l'école est le premier lieu de la manifestation des droits d'une minorité religieuse, linguistique ou culturelle dans un État⁶. C'est le lieu de l'intersection entre l'éducation proprement dite et les batailles concernant la conception et les finalités de celle-ci (apprendre la vie en société, former de bons citoyens et de bonnes citoyennes, transmettre un savoir et des aptitudes, préparer au marché

3. *Ottawa Separate School Trustees v Mackell*, (1917) 32 DLR 1, 1916 CanLII 418 (UK JCPC) [Mackell JCPC].

4. *Mahe c Alberta*, [1990] 1 RCS 342, 68 DLR (4^e) 69 [Mahe CSC].

5. Au passage, d'autres jugements pertinents sur l'une ou l'autre de ces dispositions seront évoqués dans le but de mesurer l'évolution de la pensée constitutionnelle sur la protection des minorités dans le domaine scolaire.

6. Au XIX^e siècle, les Franco-Manitobains ont été confrontés au choix entre la revendication du maintien de leurs droits linguistiques ou de celui de leurs droits scolaires, tous deux abolis en 1890; ils ont choisi les seconds et les ont perdus. Voir Jacqueline Blay, *L'article 23. Les péripéties législatives et juridiques du fait français au Manitoba, 1870–1986*, Winnipeg, Éditions du Blé, 1987. Frances Russell estime que ce fut une erreur : *The Canadian Crucible: Manitoba's Role in Canada's Great Divide*, Winnipeg, Heartland Associates, 2003 à la p 513.

du travail) et de l'identité (développer les traits culturels de la communauté, transmettre des valeurs, promouvoir une langue)⁷. Certes, plusieurs des litiges concernant l'article 93 portent avant tout sur des questions de financement : taxes qu'on ne veut pas payer, allégations d'injustices entre le financement du système public et confessionnel, pouvoirs délégués en matière financière; mais, au-delà des considérations purement économiques, se profilait soit chez les tenants de l'école publique obligatoire et financée par tous, soit chez les minorités religieuses ou linguistiques, une certaine conception de la finalité des écoles et de la pérennité des minorités, les uns cherchant leur assimilation, les autres luttant pour leur survie et leur épanouissement. Le débat scolaire est donc un débat sur le type de citoyenneté revendiquée : l'égalité de chaque individu ou, en plus, l'égalité de chaque communauté, et le véhicule par lequel s'exprimerait cette conception, l'institution parlementaire permise par le fédéralisme ou l'institution judiciaire interpellée par le droit constitutionnel.

I. DEUX DISPOSITIONS : 93 ET 23

Un très bref aperçu de la genèse de ces deux droits collectifs que sont les articles 93 et 23, dans la Constitution canadienne, s'impose pour en cerner le contexte d'énonciation et en éclairer le sens.

A. L'article 93 : protéger le *statu quo*, s'en remettre aux législateurs

L'article 93 commence par attribuer la compétence en éducation aux provinces. Dans la foulée, l'article 93(1) limite le pouvoir des provinces en leur interdisant d'adopter des lois qui peuvent « porter atteinte de façon préjudiciable » aux droits et privilèges des écoles en matière confessionnelle, reconnus « par la loi » au moment de l'entrée de la colonie dans la fédération canadienne. On constate, à sa lecture même, que l'article 93 ne contient aucun droit fondamental. Il renvoie explicitement à des lois coloniales préconfédératives et donc, à l'exercice par les législateurs coloniaux de leur souveraineté parlementaire.

7. Rodrigue Landry, « Autonomie culturelle, cultures sociétales et vitalité des communautés de langue officielle en situation minoritaire au Canada » (2012) 1 *Minorités linguistiques et société / Linguistic Minorities and Society* 159.

Le professeur Charland explique que l'attribution aux provinces de la compétence législative en éducation provient du fait que les systèmes scolaires des colonies britanniques du nord variaient beaucoup et qu'on ne pouvait pas s'entendre sur un système national. De plus, la référence aux lois préconfédératives visait à respecter les choix politiques qui avaient été faits en matière d'éducation, avant l'Union fédérale. Au Canada-Ouest, en 1864, les protestants ne voulaient pas l'ingérence du clergé dans le réseau scolaire public et non confessionnel, tandis que les catholiques du Canada-Est ne voulaient pas intégrer les écoles neutres, qu'ils jugeaient trop « protestantes ». Dans les colonies maritimes, la confessionnalité était un état de fait, non de droit. Selon Charland, il aurait été pratiquement impossible de dresser une liste quelconque de droits à protéger directement et explicitement dans la nouvelle constitution. Ainsi,

[d]ans le cas du Québec, on voulait protéger les droits relatifs à la confessionnalité pour les deux communautés [catholique et protestante]; en Ontario, il ne s'agissait que de permettre aux catholiques d'avoir des établissements confessionnels. Au Nouveau-Brunswick et en Nouvelle-Écosse, les lois scolaires en vigueur le 1^{er} juillet 1867 ne conféraient aucun droit ou privilège relatif à la confessionnalité scolaire, et on ne voulait en accorder aucun⁸.

De son côté, le professeur Carignan souligne que l'article 93 se présente comme un « mécanisme de constitutionnalisation »⁹. Cette disposition vise à garantir la pérennité de droits qui avaient été acquis par des lois, antérieurement à l'entrée d'une colonie dans la confédération canadienne, dans un contexte où les bénéficiaires de ces droits allaient se trouver en minorité dans leur nouvelle province. La loi de référence dans le Bas-Canada date de 1861; elle instaurait des écoles publiques en milieu rural (mais qui étaient, dans les faits, catholiques) et des commissions scolaires catholiques et protestantes à Montréal et à Québec. De plus, la loi permettait à une classe de personnes qui faisait partie de la minorité religieuse sur son territoire scolaire de référence et qui désapprouvait les règlements scolaires de sa commission scolaire, de faire dissidence et d'instaurer son propre réseau; en pratique, ce sont

8. Jean-Pierre Charland, *L'entreprise éducative au Québec, 1840–1900*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2000 à la p 98.

9. Pierre Carignan, « La raison d'être de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation » (1986) 20 RJTUM 433 à la p 451.

surtout les protestants qui ont profité de ce droit¹⁰. En outre, citant Carignan¹¹, Charland explique que les catholiques du Bas-Canada n'avaient pas vraiment besoin que la loi protège le caractère confessionnel de leurs écoles, sinon en solidarité avec leurs coreligionnaires du Haut-Canada : les écoles en milieu rural étaient déjà dominées par le clergé avec la bénédiction des politiciens, même si, en droit, elles étaient publiques et neutres, ouvertes à tous et toutes¹². Il en allait autrement à Montréal et Québec : ces deux villes comptaient chacune deux réseaux scolaires que la loi définissait comme étant confessionnels, soit les commissions scolaires catholiques et les commissions scolaires protestantes.

Dans une cause qui analysait une réforme visant à remplacer les commissions scolaires religieuses du Québec par des commissions scolaires linguistiques, en préservant le droit à la dissidence et les quatre commissions scolaires confessionnelles ramenées à leur territoire de 1867, la Cour suprême estima que ce projet (qui n'a ultimement jamais vu le jour) était conforme à l'article 93. Elle reconnut que cette disposition ne fait que garantir des droits acquis et avança : « Ce choix s'explique par la diversité des situations prévalant dans les provinces fondatrices »¹³.

Dans le Haut-Canada, la loi de référence date de 1863 et représente le fruit de plusieurs années de compromis. Puisque les écoles publiques, dominées par diverses dénominations protestantes, étaient non confessionnelles en droit, on avait aménagé la possibilité d'instaurer des écoles séparées et d'élire des syndics pour les diriger et pour taxer les coreligionnaires, en bénéficiant alors d'une exemption de taxes pour les écoles publiques communes. Les écoles séparées bénéficiaient, au niveau primaire, d'un financement de l'État égal à celui des écoles publiques. À la différence du droit à la dissidence au Bas-Canada, dans le Haut-Canada, il n'était pas nécessaire d'être minoritaire sur le territoire scolaire ni en désaccord avec les règlements du réseau public pour obtenir des écoles séparées. Dès que cinq contribuables

10. *Acte concernant l'allocation provinciale en faveur de l'éducation supérieure, — et des écoles normales et communes*, SRBC 1861, c 15.

11. Carignan, *supra* note 9 aux pp 449–50.

12. Charland, *supra* note 8.

13. *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué)*, [1993] 2 RCS 511 à la p 532, 105 DLR (4^e) 266 [Re LIP].

catholiques manifestaient le désir de créer une commission scolaire séparée, la loi le permettait¹⁴.

Par conséquent, dans chacune des deux sections du Canada-Uni, la loi avait aménagé des procédures permettant à des groupes identifiés par une des deux religions dominantes de l'époque sur le territoire de créer et gérer leurs écoles conformément aux préceptes de leur foi et à leur conception de l'éducation, tandis que dans les colonies maritimes, la confessionnalité était tolérée par l'État et existait *de facto* au moins pour les catholiques — Acadiens et Irlandais —, mais elle n'était pas reconnue par la loi — nous y reviendrons.

B. L'article 23 : un nouveau constitutionnalisme et des droits évolutifs

L'article 23 de la *Charte canadienne* relève d'une dynamique bien différente. Selon Jean-Pierre Proulx¹⁵, cet article découlerait uniquement des réponses fédérales aux restrictions à l'accès aux écoles de langue anglaise, qui avaient été instaurées dans la *Charte de la langue française*¹⁶. Il y a une part de vérité dans cette analyse, mais la réalité est plus complexe. En fait, l'article 23 est le résultat d'une démarche amorcée avec la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, qui recommandait en ces termes d'insérer dans la Constitution une garantie d'écoles de la minorité linguistique officielle dans toutes les régions désignées bilingues :

Nous recommandons que le paragraphe qui suit devienne l'article 93A de l'Acte de l'Amérique du nord Britannique :

Chaque province établira et soutiendra des écoles primaires et secondaires utilisant l'anglais comme unique langue d'enseignement et des écoles primaires et secondaires utilisant le français comme unique langue d'enseignement, dans les districts bilingues et les autres régions appropriées que déterminera la législation provinciale¹⁷.

14. *Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées*, (1863) 26 Vict, c 5, arts 7 et 20.

15. Jean-Pierre Proulx, «Le choc des chartes, histoire des régimes juridiques canadien et québécois en matière de langue d'enseignement» (1989) 23 RJTUM 67.

16. *Charte de la langue française*, RLRQ c C-11, arts 73 et 5.

17. Canada, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme. Introduction générale. Livre 1 : les langues officielles* / André Laurendeau et A Davidson Dunton, *présidents conjoints*, Ottawa, Bureau du Conseil privé, 1967 au para 414 [Rapport de la Commission d'enquête, Livre 1]. Voir aussi Canada, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le*

La Commission proposait aussi « que soit reconnu dans les systèmes scolaires le droit des parents canadiens de faire instruire leurs enfants dans la langue officielle de leur choix »¹⁸.

Les districts bilingues n'ont jamais vu le jour, mais l'idée d'un droit au choix de la langue d'enseignement, jointe à une garantie d'écoles homogènes, a persisté dans la décennie 1970. La *Charte de Victoria*, négociée en 1971, proposait que les parents aient le libre choix de la langue d'enseignement dans des écoles homogènes, lorsqu'un nombre suffisant de ceux-ci le demandait¹⁹. Le projet de réforme constitutionnelle de 1978, dit « Projet de loi C-60 », proposait la même chose²⁰.

La *Charte de la langue française* mettait en place un mécanisme de réciprocité par lequel le gouvernement québécois s'engageait à permettre l'accès aux écoles anglaises aux résidents des provinces à majorité anglophone qui s'installeraient au Québec, lorsque le gouvernement québécois serait d'avis que les francophones disposaient d'une gamme de services scolaires équivalents dans ladite province²¹. En réponse, l'*Accord de St. Andrews* de 1977 signé par les provinces à majorité anglophone reconnaissait la possibilité que les minorités linguistiques provinciales aient leurs propres écoles, mais que la mise en œuvre de ce principe politique relèverait des provinces²².

De 1970 à 1982, l'état du droit relatif à l'instruction dans la langue de la minorité variait grandement d'une province à l'autre. Au Nouveau-Brunswick, il existait des écoles primaires et secondaires francophones et anglophones, gérées par des conseils scolaires linguistiquement

bilinguisme et le biculturalisme, Livre 2: l'éducation / André Laurendeau et A Davidson Dunton, pré-sidents conjoints, Ottawa, Bureau du Conseil privé, 1968 au para 363 [Rapport de la Commission d'enquête, Livre 2].

18. Rapport de la Commission d'enquête, Livre 1, *supra* note 17 au para 389.

19. Voir le texte de la *Charte de Victoria* sur le site « L'aménagement linguistique dans le monde », en ligne : <www.axl.cefan.ulaval.ca/amnord/cnd-Victoria-chartre1971.htm>.

20. Projet de loi C-60, *Loi modifiant la Constitution du Canada dans certains domaines ressortissants à la compétence législative du Parlement du Canada et prévoyant les mesures nécessaires à la modification de la Constitution dans certains autres domaines*, 3^e sess, 30^e parl, Canada, 1978, cité dans Gaétan Migneault, *Projets de réforme constitutionnelle (1864-1992)*, Frédéricton, BeauBassin, 2014. Le projet n'a jamais abouti, la Cour suprême estimant que ces mesures relatives à la réforme du Sénat représentaient des modifications constitutionnelles ne pouvant être effectuées par simple loi fédérale : *Renvoi : Compétence législative du Parlement du Canada relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 RCS 54, 102 DLR (3^e) 1.

21. *Charte de la langue française*, *supra* note 16, art 86.

22. Voir Pierre Foucher, *Les droits scolaires constitutionnels des minorités de langue officielle au Canada*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1985. Voir aussi Proulx, *supra* note 15.

homogènes. Au Québec florissait un réseau complet d'écoles primaires et secondaires anglophones sous l'égide de la confessionnalité. Dans les autres provinces, de timides programmes bilingues se mettaient en place, tandis que sur le plan de la gestion, seules quelques régions comptaient des conseils scolaires bilingues à majorité francophone²³. Pour les minorités francophones, il s'agissait donc de rebâtir un système scolaire homogène, avec des écoles et des conseils scolaires disposant des pouvoirs et des ressources nécessaires pour les administrer.

L'article 23 de la *Charte canadienne* a d'abord proposé que deux catégories de citoyens canadiens aient accès à l'instruction dans la langue de la minorité, dans des établissements autonomes, lorsque le nombre le justifie : ceux qui ont reçu une instruction primaire en français ou en anglais au Canada, et ceux dont un enfant a reçu une instruction primaire ou secondaire au Canada et qui changent de province. À la suite de demandes des communautés francophones hors Québec et angloquébécoises, des modifications majeures ont été apportées : on a ajouté une catégorie d'admissibilité (soit les citoyens dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité)²⁴, on a retiré l'exigence d'un déménagement interprovincial et on a remplacé le terme « facilités », dans la version française par le terme « établissement », à connotation plus large et pouvant inclure des structures de gestion. La version finale consacre donc le droit de trois catégories de citoyens canadiens de faire instruire leurs enfants dans des écoles de la minorité linguistique provinciale. Lors des audiences du comité mixte du Sénat et de la Chambre des communes en 1980–1981, plusieurs associations francophones avaient réclamé un droit constitutionnel à l'instruction dans leur langue, de la prématernelle au postsecondaire, avec pleins pouvoirs de gestion²⁵.

Contrairement à l'article 93, qui laisse une large place à la compétence provinciale, et à l'*Accord de St. Andrews*, qui confiait aux législatures provinciales l'unique et entière responsabilité de la mise en œuvre des droits protégés, l'article 23 transfère nettement aux tribunaux la responsabilité de la mise en œuvre des droits reconnus. C'est

23. Voir Pierre Foucher, « L'article 23 de la Charte : un compromis audacieux » (1989) 22 RJTUM 220.

24. En vertu de l'article 59 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, cette disposition ne sera en vigueur au Québec que lorsque l'Assemblée nationale ou le gouvernement québécois l'auront approuvée.

25. Martin Normand, *Le développement en contexte : quatre temps d'un débat au sein des communautés francophones minoritaires (1969–2009)*, Sudbury, Prise de parole, 2012.

là une différence majeure entre les deux mesures. L'article 93 invite la Cour à scruter des lois provinciales antérieures à la confédération pour les interpréter et y déceler les droits protégés; l'article 23 invite, au contraire, la Cour à interpréter elle-même l'étendue des droits reconnus, comme « instruction primaire ou secondaire », « établissements d'enseignement de la minorité » et « lorsque le nombre le justifie », sans parler du contrôle des conditions de qualification.

Si l'article 23 fut l'une des conditions fondamentales imposées par le gouvernement fédéral à l'adoption définitive de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il n'en fut nullement ainsi pour les provinces. Le Québec fit de l'article 23 l'une des raisons pour lesquelles l'Assemblée nationale condamna, par une résolution quasi unanime, l'opération de rapatriement constitutionnel :

L'Assemblée nationale du Québec [...] déclare qu'elle ne peut accepter le projet de rapatriement de la constitution sauf si celui-ci rencontre les conditions suivantes : [...] 3. [...] la charte des droits ne devra inclure que [...] e) les garanties quant à l'enseignement dans la langue des minorités anglaise et française, pourvu que le Québec reste libre d'y adhérer volontairement, puisque sa compétence exclusive en cette matière doit demeurer totale et inaliénable et que la situation de sa minorité est déjà la plus privilégiée au Canada²⁶.

Quant aux provinces et aux trois territoires à majorité anglophone, il suffit de constater que tous et toutes ont été poursuivis devant les tribunaux par leurs minorités francophones ou ont préféré déclencher des renvois dans lesquels ils et elles ont plaidé pour une interprétation la plus restrictive possible de l'article 23. Cela ne montre certes pas un grand empressement à respecter pleinement les droits scolaires de leurs minorités linguistiques.

C. Les articles 93 et 23 : compromis politiques et effets de ceux-ci

Les articles 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et 23 de la *Charte canadienne* découlent tous deux de compromis politiques négociés

26. Copie conforme de la résolution adoptée par l'Assemblée nationale du Québec le 12 décembre 1981, en ligne : <www.saic.gouv.qc.ca/affaires-intergouvernementales/positions-historiques/motions-assemblee-nationale.asp#1981>.

au moment de réformes constitutionnelles majeures. Leur interprétation a cependant varié au gré de l'importance accordée à l'idée de compromis politique pour établir le contenu d'un droit collectif²⁷. L'article 93 a reçu une interprétation restrictive ouvrant largement la porte aux interventions législatives provinciales, tandis que l'article 23 a bénéficié d'une attitude judiciaire plus ouverte.

1. *Le compromis politique initial de l'article 93 et la marge de manœuvre provinciale*

L'article 93 de la *Loi constitutionnelle* découle de négociations âpres qui se sont déroulées *grosso modo* de 1864 à 1867 et qui ont porté sur la confessionnalité des écoles (avec un sous-texte linguistique clair, puisque, en pratique, les catholiques étaient très majoritairement francophones et les protestants de diverses dénominations, presque uniquement anglophones). De son côté, l'article 23 représente le fruit d'une décennie de vives discussions sur l'éducation dans la langue des minorités et qui ont culminé de 1977 à 1982. Cela signifie donc qu'à un siècle d'intervalle, au moins quatre années du débat constitutionnel canadien ont été consacrées à ce thème, preuve, si cela était nécessaire, de toute son importance. Chacune des deux dispositions résulte d'un compromis politique, mais tant la nature de ce dernier que son effet sur les pouvoirs des provinces et la protection des minorités visées sont fort différents.

La garantie selon laquelle une loi provinciale ne devait pas porter atteinte à un droit ou privilège reconnu par la loi avant la confédération ouvrait la porte à un recours judiciaire, une possibilité qui fut notamment exercée, à l'époque, au Nouveau-Brunswick²⁸, au Manitoba²⁹ et, bien entendu, en Ontario avec l'affaire *Mackell*. Certaines décisions judiciaires, rendues par la Cour suprême du Canada, ont exploré l'étendue et les limites de cette protection constitutionnelle dans les décennies 1980 et 1990.

27. De manière générale, la thèse du compromis politique, mise de l'avant dans *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick c Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 RCS 549, 27 DLR (4^e) 406 [*Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick*], pour interpréter les droits linguistiques de manière restrictive, a été renversée dans *R c Beaulac*, [1999] 1 RCS 768, 173 DLR (4^e) 193, au profit de l'interprétation fondée sur l'objet de maintien et de développement des communautés linguistiques minoritaires.

28. *Ex Parte Renaud and others*, (1873) 14 NBR 273, 1873 CarswellNB 17 [*Ex Parte Renaud*]; *Maher v Town of Portland*, 1874 UKPC 83.

29. *City of Winnipeg v Barrett*, [1892] AC 445, 1892 CarswellMan 3 [*Barrett*].

Cette attribution de compétence législative et cette limite ont été interprétées comme permettant néanmoins à la législature provinciale de modeler le système scolaire à sa guise. À propos de l'interprétation judiciaire de l'effet de l'article 93, on constate donc d'emblée un accent net sur le pouvoir législatif provincial, manifestation de la « souveraineté parlementaire » chère au constitutionnalisme de common law. Déjà, dans *Hirsh*, le Comité judiciaire du Conseil privé confirmait que l'article 93 n'a pas figé les systèmes scolaires précoloniaux dans une forme stéréotypée³⁰. Malgré les droits reconnus, il est tout à fait possible pour les provinces de réformer leurs systèmes scolaires. L'article 93 protège des droits, non des structures. La Cour suprême du Canada a abondé dans le même sens. Ainsi, dans le *Renvoi: Loi sur l'instruction publique*³¹, la Cour a analysé un ambitieux projet québécois de réforme visant à remplacer des commissions scolaires catholiques ou protestantes par des commissions scolaires anglophones ou francophones, mais en maintenant le droit à la dissidence pour une minorité catholique ou protestante, en réservant l'accès des écoles dissidentes aux seuls coreligionnaires, en ramenant le territoire des commissions scolaires catholiques et protestantes de Montréal et Québec à leurs frontières de 1867 et en centralisant le pouvoir d'emprunt de celles de l'Île de Montréal. La réforme maintenait aussi un comité catholique et un comité protestant au Conseil supérieur de l'éducation, comités ayant une compétence exclusive sur les programmes d'enseignement religieux. La Cour suprême a avalisé ce projet, même si ces propositions représentaient des changements majeurs de structure scolaire et des modifications sérieuses des pouvoirs exercés par les syndicats des écoles dissidentes avant 1867. Ce sont les droits prévus dans les lois préconfédératives, et non les structures en ayant découlé, qui ne doivent pas être touchés de manière préjudiciable. La Cour déclare :

Si le paragraphe (1) de l'article 93 implique la cristallisation de certains droits et privilèges préexistants, il ne doit cependant pas rendre sans objet la disposition liminaire. Imposer trop de limites aux législatures provinciales les empêcherait d'exercer efficacement leur compétence en matière d'éducation³².

30. *Hirsh v Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] AC 200 à la p 215, [1928] 1 DLR 1041, cité avec approbation dans (*PG*) *Québec c Greater Hull School Board*, [1984] 2 RCS 575 aux pp 585–86, 15 DLR (4^e) 651.

31. *Re LIP*, *supra* note 13.

32. *Ibid* à la p 531.

L'article 93 est donc d'abord et avant tout une reconnaissance du fédéralisme et de l'autonomie provinciale. Cet article a aussi tenté d'inclure un redressement politique fédéral, qui s'est avéré complètement inutilisable.

Les articles 93(1) et (2) sont le reflet du compromis intervenu au Canada-Uni entre catholiques francophones et protestants anglophones, compromis atteint en 1861 au Canada-Est et en 1863 au Canada-Ouest. Lors de la conférence de Londres de décembre 1866, en raison de réformes annoncées dans le Bas-Canada³³ et de pressions exercées par l'archevêque d'Halifax, Mgr Connolly, en vue d'une reconnaissance future de droits pour les catholiques des Maritimes³⁴, deux autres dispositions ont été rajoutées à l'article 93. On y prévoyait l'extension par une province de droits déjà reconnus, la création possible par une province de nouveaux droits confessionnels en éducation, et un appel au gouvernement fédéral³⁵, suivi au besoin par une loi fédérale réparatrice lorsque des décisions provinciales négatives affecteraient les droits et privilèges confessionnels en éducation³⁶. La possibilité pour les provinces de rajouter des droits à ceux qui existaient venait détruire à l'avance un argument selon lequel les articles 93(1) ou (2) étaient les seuls droits constitutionnels auxquels pouvaient prétendre les minorités religieuses auxquelles ils s'appliquaient. De nouveaux droits confessionnels conférés par des provinces après leur entrée dans la confédération acquéraient aussi la certitude de la constitutionnalité. Dans tous les cas, l'extension des droits dans les provinces où ils existent ou dans les provinces qui les créent, donnerait ouverture au recours politique de l'appel au gouverneur en conseil suivi par une loi fédérale réparatrice.

Dans *Barrett*, le Comité judiciaire du Conseil privé a estimé que la réforme du système scolaire manitobain ne touchait pas de manière préjudiciable les droits et privilèges que la loi ou la pratique accordaient aux catholiques, puisqu'ils conservaient leur droit d'établir et de financer des écoles confessionnelles, droit qu'ils avaient exercés

33. *Ibid.*

34. Marcel Martel, « Ils n'étaient pas à la table de négociation : les francophones en milieu minoritaire et leur expérience concernant le pacte confédératif » dans Marcel Martel et Jean-François Caron, dir, *Le Canada français et la Confédération : fondements et bilan critique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2016, 55.

35. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 1, art 93(3).

36. *Ibid.*, art 93(4).

avant l'adoption de la nouvelle loi scolaire de 1890³⁷. Les catholiques voulurent donc quand même se prévaloir de leur recours politique, mais le gouvernement manitobain se demandait si *Barrett* n'avait pas rendu la question théorique, puisque aucun droit ou privilège reconnu par la pratique n'avait été enfreint. Néanmoins, deux ans plus tard, dans *Brophy*, le Comité judiciaire avança qu'il était loisible aux catholiques de se prévaloir de l'appel au gouverneur en conseil et, au besoin, d'une loi réparatrice fédérale parce que les articles 93(3) et (4) s'appliquaient à toute mesure qui touchait aux droits et privilèges en matière confessionnelle, prise avant ou après l'entrée de la colonie dans la confédération³⁸. Puisque la loi de 1890 entrainait dans cette seconde catégorie et avait nettement un effet sur leurs écoles, l'appel était ouvert.

L'appel au gouvernement fédéral et la possibilité d'une loi fédérale réparatrice se sont avérés politiquement inutiles. Dès la crise scolaire du Nouveau-Brunswick, qui s'est déroulée de 1871 à 1875, une telle démarche avait été tentée, sans aucun succès³⁹. Vingt ans plus tard, lors de la crise scolaire du Manitoba, le recours fut exercé et une loi réparatrice fut déposée, mais jamais adoptée. Comme le gouvernement fut défait, la « question des écoles » devint un enjeu majeur de l'élection fédérale de 1896⁴⁰. Victorieux, les libéraux de Laurier conclurent un compromis avec le gouvernement provincial de Greenway (le « compromis Laurier-Greenway »), qui fut abandonné en 1916⁴¹. Quand éclata la crise du Règlement XVII en Ontario, qui a duré de 1913 à 1920, l'hypothèse d'une loi réparatrice fut rejetée d'emblée : on avait vu son inefficacité.

La Cour suprême a elle aussi reconnu à la majorité que l'article 93(3) permettait à toute province à laquelle il est applicable d'ajouter des droits ou privilèges à l'intention des contribuables des écoles confessionnelles⁴². Selon la Cour suprême, l'objet de la disposition :

37. *Barrett*, supra note 29.

38. *Brophy v Manitoba (AG)*, (1895) AC 202, 5 Cart BNA 156.

39. Gaëtan Migneault, *La crise scolaire de 1871 à 1875 au Nouveau-Brunswick : un produit de la confédération canadienne*, Frédéricton, BeauBassin, 2013.

40. Voir Gordon Bale, « Law, Politics and the Manitoba School Question: Supreme Court and Privy Council » (1985) 63:3 R du B can 461.

41. Jacqueline Blay, *Histoire du Manitoba français, t 2 : Le temps des outrages*, Winnipeg, Éditions des plaines, 2014.

42. *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont)*, [1987] 1 RCS 1148 à la p 1170, 40 DLR (4^e) 18.

[...] constituait une garantie d'égalité. Cet article avait pour objet de veiller à ce que les minorités catholiques romaines du Haut-Canada et des provinces maritimes ainsi que la minorité protestante du Bas-Canada soient traitées, selon les mots de Lord Carnavon [dans *Hirsh*] [TRADUCTION] sur un pied de parfaite égalité⁴³.

L'égalité à laquelle la Cour fait référence est l'égalité entre provinces, car il n'est pas vrai de dire que les droits conférés aux catholiques du Haut-Canada et des provinces maritimes étaient identiques, ainsi qu'on l'a vu; dans les Maritimes, il n'existait aucun droit aux écoles confessionnelles ou séparées, mais l'article 93 cherchait à reconnaître que si les provinces légiféraient en faveur de leurs minorités, les droits consentis seraient également protégés.

2. L'article 23 et la modification du *statu quo*

Rapidement, il est apparu que l'article 23, lui, créait de nouveaux droits. Au contraire de l'article 93 qui protégeait des droits déjà acquis, ou des droits qui seraient acquis selon l'intervention des législateurs provinciaux, l'article 23 de la *Charte canadienne* entendait corriger un problème, modifier le *statu quo*. Si les provinces conservaient une marge de manœuvre dans l'établissement de structures, elles se voyaient néanmoins juridiquement et constitutionnellement obligées d'agir pour donner suite aux droits de l'article 23. En plus, celui-ci ne contient aucun recours politique; au contraire, il fait partie de la *Charte canadienne*, dans laquelle il est précisé que « toute personne victime d'une violation des droits et libertés garantis par la présente charte peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste dans les circonstances »⁴⁴. Dans le tout premier jugement rendu sur l'article 23, la Cour d'appel de l'Ontario se demandait si cette disposition comprenait un droit implicite, pour les minorités linguistiques officielles, de gérer leurs écoles. La Cour utilise diverses techniques, dont celle de la « *mischief rule* », qui consiste à vérifier quel mal le texte cherche à corriger; or, l'application de cette règle au contexte historique de l'éducation en français en Ontario conduisait à la conclusion que l'article 23 cherche à freiner

43. *Ontario Home Builders Association c Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 RCS 929 au para 70, 137 DLR (4^e) 449.

44. *Charte canadienne*, *supra* note 2, art 24(1).

autant que possible l'érosion linguistique et culturelle, amorcée quand les minorités francophones avaient perdu le contrôle de leurs écoles :

What that history reveals, as outlined in the introduction to this opinion, is that rights or privileges to determine language use in educational facilities, which the French-speaking minority had at the time of entering into the federation, were later denied. Although in our own province this denial was subsequently withdrawn and, indeed, in recent years measures have been taken to overcome this past deprivation, many problems remain [...]. The historical background set out earlier makes it apparent that the lack of effective control of French language education and facilities has led to the rapid assimilation of francophones in Ontario.

The history of education in this province emphasizes the importance of management and control by local school boards. It is interesting and pertinent to note that, even before 1867, management and control of their own school boards had been the essential means by which denominational school rights have been protected. This is clear from the Scott Act of 1863 and also from such major schools, language and denominational cases before the Judicial Committee of the Privy Council [...].⁴⁵

Et la Cour conclut, par conséquent, que la loi scolaire de l'époque est inconstitutionnelle parce qu'elle ne prévoit aucune participation des membres de la minorité linguistique à la gestion de ses écoles :

The rights conferred by this section with respect to minority language facilities impose a duty on the Legislature to provide for educational facilities which, viewed objectively, can be said to be of or appertain to the linguistic minority in that they can be regarded as part and parcel of the minority's social and cultural fabric. The quality of education to be provided to the minority is to be on a basis of equality with the majority.

The following degree of participation in management and control accords with the White Paper and appears to meet the requirements of the Charter [...].⁴⁶

À peine un mois plus tard, la Cour suprême du Canada adoptait une approche semblable. L'article 23 est destiné à corriger les déficiences

45. *Reference re Education Act (Ontario)*, 10 DLR (4^e) 491 aux para 131–34, 47 OR (2d) 1 [Renvoi ontarien de 1984].

46. *Ibid* aux para 138–39.

des régimes scolaires provinciaux, notamment celui du Québec. Même si la Cour analysait uniquement les critères d'admission aux écoles de la minorité, le principe posé a été repris ensuite et étendu à l'ensemble des aspects de l'instruction dans la langue de la minorité :

À tort ou à raison, ce n'est pas aux tribunaux à en décider, le constituant a manifestement jugé déficients certains des régimes en vigueur au moment où il légiférait, et peut-être même chacun d'entre eux, et il a voulu remédier à ce qu'il considérait comme leurs défauts par des mesures réparatrices uniformes, celles de l'article 23 de la Charte, auxquelles il conférait en même temps le caractère d'une garantie constitutionnelle⁴⁷.

Et, dans *Mahe*, la Cour insiste sur ce point :

Un autre aspect important de l'objet de l'art 23 est son rôle de disposition réparatrice. Conçu pour régler un problème qui se posait au Canada, il visait donc à changer le *statu quo*. Pour reprendre la formule succincte du juge Kerans, [TRADUCTION] « l'existence même de l'article laisse supposer l'insuffisance du système actuel » [...]. Le caractère réparateur de l'article 23 a été reconnu d'une façon non équivoque par notre cour dans l'arrêt *Procureur général du Québec c Québec Association of Protestant School Boards* [...] [souligné dans l'original]⁴⁸.

La Cour conclut ainsi :

À mon avis, les appelants ont parfaitement raison d'affirmer que [TRADUCTION] « l'histoire révèle que l'art 23 était destiné à remédier, à l'échelle nationale, à l'érosion progressive des minorités parlant l'une ou l'autre langue officielle et à appliquer la notion de "partenaires égaux" des deux groupes linguistiques officiels dans le domaine de l'éducation »⁴⁹.

La mention d'une « mesure réparatrice uniforme » sera quelque peu nuancée par la suite, la Cour reconnaissant qu'il est possible que la mise en œuvre de l'article 23 varie entre les provinces⁵⁰.

47. *PG (Qué) c Québec Protestant School Boards*, [1984] 2 RCS 66 à la p 79, 10 DLR (4^e) 321 [*Québec Protestant School Boards*].

48. *Mahe CSC*, *supra* note 4 à la p 363.

49. *Ibid* à la p 364.

50. *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man)*, art 79(3), (4) et (7), [1993] 1 RCS 839, 100 DLR (4^e) 723; *Solski (Tuteur de) c Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14.

Le contraste entre les deux mesures est donc clair. Dans un cas, il s'agit de garantir des droits qui existent déjà dans des lois; c'est le législateur qui décide de l'ampleur et de la nature de ceux-ci, la Constitution ne faisant alors que leur conférer un statut constitutionnel. Dans l'autre, il s'agit de garantir des droits qui n'existent pas encore ou qui sont mal protégés par les lois existantes. Toutefois, comme on l'a vu, la jurisprudence sur l'article 93 admet que les systèmes scolaires ne sont pas figés dans le temps par l'effet de l'article 93 et qu'on avait protégé l'essence de certains droits, mais non leur manifestation dans les structures. Ainsi, dans *Public School Boards Association of Alberta*, les conseils scolaires publics contestaient certains aspects d'une réforme du financement scolaire, se plaignant de discrimination par rapport aux écoles séparées; la Cour suprême rejette cette affirmation et reconnaît que les structures scolaires doivent s'adapter aux nouvelles réalités: « [c]ette conclusion s'applique aux écoles publiques »⁵¹. L'article 17 de la *Loi sur l'Alberta*, qui reprenait l'essentiel des garanties de l'article 93, donne à la province la pleine compétence en éducation: « Cela traduit, au contraire, un compromis social considéré comme nécessaire pour la concrétisation de la confédération et non la volonté de consolider les structures institutionnelles existantes »⁵². En conclusion, les écoles séparées et les écoles publiques peuvent évoluer de manière indépendante après 1905 (moment de la création de la province et de l'entrée en vigueur de l'article 17), « sous la compétence absolue de la province »⁵³. Cette conclusion est répétée dans *Ontario English Catholic Teachers Association*: la réforme de la taxation scolaire en Ontario ne porte pas atteinte aux droits des écoles séparées, puisque, en fait, elle les avantage en leur conférant une meilleure portion du produit de la taxe scolaire, répartie proportionnellement entre le système public et le système séparé⁵⁴.

II. MACKELL ET MAHE: GENÈSE DES LITIGES

Ayant présenté l'essence des articles 93 et 23, la présente partie s'attarde aux deux litiges-phares qui en ont orienté l'évolution.

51. *Public School Boards' Assn of Alberta c Alberta (Procureur général)*, 2000 CSC 45 au para 36 [*Public School Boards*].

52. *Ibid* au para 41.

53. *Ibid* au para 64.

54. *Ontario English Catholic Teachers Association c Ontario (PG)*, 2001 CSC 15.

A. L'injonction Mackell

Ce qu'on appelle dans les cercles historiques « l'injonction Mackell » débute par un rapport commandé par le gouvernement de l'Ontario et qui prouve que les résultats en anglais des élèves qui étudient dans des écoles dites « bilingues » sont catastrophiques⁵⁵. Effectivement, il semble que l'instruction, en général, est de piètre qualité dans les établissements bilingues, dont la plupart se trouvent dans le réseau d'écoles séparées⁵⁶. Le remède proposé par le gouvernement pour remédier au problème est de mettre fin au régime des écoles bilingues et d'imposer l'enseignement en anglais dans toutes les écoles, tant publiques que séparées, à partir de la troisième année, au plus tard, pour laisser les enfants qui ne seraient pas encore bilingues s'y habituer dans les deux premiers niveaux scolaires. Au Nouveau-Brunswick et au Manitoba, la contestation constitutionnelle des réformes scolaires avait plutôt porté sur le régime de taxation des écoles séparées; en Ontario, cette fois, la langue d'instruction et le pouvoir de l'imposer seront les enjeux primordiaux. C'est ce qui fait tout l'intérêt de la comparaison entre Mackell et Mahe : dans les deux cas, ce sont les minorités linguistiques qui invoquent la protection de leurs droits constitutionnels.

Devant cette circulaire hautement contestée, la résistance s'organise et son foyer se situe à la Commission des écoles séparées catholiques d'Ottawa⁵⁷. Dans un premier temps, pour l'année 1912–1913, elle refuse d'appliquer le règlement. Le gouvernement riposte en supprimant les subventions gouvernementales. La Commission scolaire ne bronche pas, ce qui conduit certains anglophones à menacer de créer leur propre commission scolaire; le curé de la paroisse Blessed Sacrament d'Ottawa suggère aux francophones de créer leur propre école privée. La Commission scolaire trouve l'idée bonne et demande à la Ville d'Ottawa, selon la loi en vigueur à l'époque, la permission d'établir des obligations pour financer une école privée. « Les anglophones catholiques craignant une perte trop substantielle de leurs revenus ne

55. Francis W Merchant, *Report on the Condition of the English-French Schools in the Province of Ontario*, Toronto, King's Printer, 1912.

56. Robert Choquette, *Langue et religion : histoire des conflits anglais-français en Ontario*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1977.

57. Léo Michel Bourdon, *Dix-sept. Une étude du combat mené contre le règlement XVII : échec des moyens juridiques, réussite des moyens politiques et participation du journal Le Devoir*, thèse de maîtrise ès arts en histoire, Université d'Ottawa, 1980, en ligne : <ruor.uottawa.ca/bitstream/10393/21749/1/EC55660.PDF>.

tardent pas à réagir»⁵⁸. Mackell, un membre anglophone de la Commission scolaire, et certains contribuables anglophones s'adressent à la Cour pour demander une injonction afin d'interdire à la Ville d'obtempérer et d'empêcher toute autre tentative de la Commission scolaire de recourir à des emprunts. La demande enjoint aussi à la Cour d'ordonner à la Commission scolaire de cesser d'embaucher des enseignants non qualifiés selon les règlements du ministère et de respecter les directives de ce dernier, notamment le Règlement XVII. Une injonction temporaire est accordée le 29 avril 1914⁵⁹, et le procès, remis au 5 septembre. Entre-temps, la Commission scolaire délègue tous ses pouvoirs à son président qui, libéré de l'injonction temporaire (laquelle s'adresse uniquement à la Commission scolaire), congédie tous les enseignants — les écoles seront donc fermées à la rentrée. La délégation est annulée et l'injonction temporaire est réaffirmée le 11 septembre⁶⁰. Le jugement final sera prononcé le 28 novembre 1914⁶¹. Il porte en bonne partie sur les effets de l'article 93 en Ontario, parce que ce sont là les principaux arguments plaidés par la Commission scolaire pour se soustraire au Règlement XVII. Autrement dit, ce règlement serait inconstitutionnel puisqu'il contreviendrait à des droits et privilèges en matière d'instruction confessionnelle, reconnus par la loi avant 1867, notamment le droit pour les commissions scolaires séparées de choisir la langue d'instruction dans leurs écoles. Le règlement étant *ultra vires*, l'injonction ne reposerait sur aucun fondement juridique valide.

On constate donc que l'article 93 agit ici comme un «bouclier»: il est invoqué pour se défendre contre une mesure gouvernementale jugée contraire à des droits prétendument garantis préalablement dans la loi. Il est aussi invoqué pour justifier les agissements d'une commission scolaire qui a décidé de faire fi de la réglementation provinciale et qui se croyait autorisée par la Constitution à procéder ainsi. Plutôt que d'attaquer directement la constitutionnalité du règlement au moyen d'une requête en jugement déclaratoire, par exemple, les catholiques francophones ont décidé de ne pas suivre les règles et d'attendre de se faire poursuivre, ce qui n'a pas tardé.

58. *Ibid* à la p 24.

59. *Mackell v Ottawa Separate Schools Trustees*, 24 DLR 475, 34 OLR 335 [*Mackell ONCA*].

60. *Ibid*.

61. *Ibid*.

B. Mahe, Martel, Dubé et l'Association Georges et Julia Bugnet

L'affaire *Mahe* n'est ni la première⁶² ni la seule⁶³ demande judiciaire impliquant l'article 23. On constate que plusieurs provinces ont choisi la procédure de renvoi pour essayer d'y voir plus clair quant à la portée de cette disposition. Mais ces trois demandeurs, ainsi que l'association qu'ils ont fondée, sont les premiers membres d'une communauté francophone minoritaire à atteindre la Cour suprême du Canada.

Les demandeurs avaient ouvert une école privée, l'école Georges et Julia Bugnet, qui a été en activité en 1982 et en 1983. Elle a dû fermer ses portes, faute de moyens. Ils ont alors demandé l'ouverture d'une école publique de langue française ainsi qu'une commission scolaire pour la gérer. La province les a renvoyés aux commissions scolaires catholique ou publique, qui ont refusé d'obtempérer à leur demande. Cependant, la Commission des écoles séparées catholiques d'Edmonton a tout de même démarré un programme d'instruction en français à l'école Maurice-Lavallée, qui servait jusque-là d'école d'immersion française. Les codemandeurs ont alors intenté une action déclaratoire assortie d'une demande de diverses ordonnances. Au cœur de leur revendication se trouvait l'allégation que l'article 23 reconnaît implicitement un droit de gestion et de contrôle des écoles, un argument accepté par la Cour d'appel de l'Ontario en 1984, mais toujours chaudement disputé par les provinces.

La poursuite divise profondément la communauté franco-albertaine. Leur association porte-parole, en négociation avec le gouvernement pour tenter d'améliorer le sort de la communauté, se dissocie d'abord de l'Association Bugnet, qui persiste et signe, avant de finalement se rallier et participer au litige en tant qu'intervenante⁶⁴.

62. Le premier jugement rapporté sur l'article 23 est le *Renvoi ontarien de 1984*, *supra* note 45.

63. De 1983, année du dépôt de la poursuite dans *Mahe*, à 1990, moment où la Cour suprême rend son jugement, on recense les affaires suivantes : *Quebec Protestant School Boards*, *supra* note 47; *Re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights*, 10 DLR (4^e) 491, 1984 CanLII 1832 (ON CA); *Mahe v Alberta*, 22 DLR (4^e) 24, 1985 CanLII 1199 (AB QB) [*Mahe* ABQB]; *Mahe v Alberta*, 42 DLR (4^e) 514, 1987 ABCA 158 (CanLII) [*Mahe* ABCA]; *Whittington v Saanich School District no 63*, 44 DLR (4^e) 128, 1987 CanLII 2642 (BC SC); *Marchand v Simcoe County Board of Education et al*, 55 OR (2^e) 638, 1986 CanLII 2671 (ON SC); *Lavoie v Nova Scotia*, 47 DLR (4^e) 586, 1988 CanLII 5684 (NS SC); *Reference re Judicature Act*, 49 DLR (4^e) 499, 1988 CanLII 1363 (PE SCAD); *Commission des écoles francsaskoises Inc v Saskatchewan*, 48 DLR (4^e) 315, 1988 CanLII 5128 (SK QB); *Banducci v Sault Sainte Marie (District RC Separate Schools Bd)*, 11 ACWS (3d) 335, 1988 CarswellOnt 158 (WL Can); *Reference re Public Schools Act (Manitoba)*, 67 DLR (4^e) 488, 1990 CanLII 8028 (MB CA).

64. Michael Behiels, *La francophonie canadienne. Renouveau constitutionnel et gouvernance scolaire*, coll « Amérique française », n° 12, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2005.

Contrairement à *Mackell*, qui invoque le pouvoir du droit pour faire appliquer la loi provinciale, alors que les opposants se servent du droit constitutionnel comme d'un bouclier, *Mahe* cherche à faire modifier la loi provinciale pour qu'elle laisse une place à la minorité francophone, se servant du droit constitutionnel comme d'une épée. Dans *Mackell*, le gouvernement s'attaquait au « droit » de la minorité à un enseignement dans sa langue (un droit qui, au final, n'existait pas); dans *Mahe*, c'est l'inaction du gouvernement qui conduit à l'intervention judiciaire. Cela place les tribunaux dans une position plus difficile : les injonctions et ordonnances sont plus généralement utilisées comme des outils juridiques pour empêcher une entité de commettre des gestes illégaux que pour l'y obliger. Dans *Mackell*, il est demandé à la cour d'ordonner à la Commission scolaire de respecter le Règlement XVII, alors que dans *Mahe*, il est demandé à la cour d'ordonner au gouvernement de mettre en place des structures scolaires de gestion. La nature de l'intervention exigée n'est pas la même. La Commission scolaire d'Ottawa devait cesser d'enseigner en français ou d'embaucher des enseignants non qualifiés. En Alberta, aucun comportement répréhensible du gouvernement albertain ne doit cesser; au contraire, il doit agir.

C'est donc en ces termes que le débat judiciaire s'amorce. Les décisions rendues tout au long du processus illustrent la différence de conception des droits fondamentaux des minorités et du rôle des tribunaux dans leur défense.

C. Jugements de première instance : l'architecture des droits et l'importance des faits

En première instance, les deux décisions examinent l'architecture du droit garanti pour en déterminer la teneur. Ainsi, dans *Mackell*, la Cour constate d'emblée l'attribution aux provinces d'une compétence législative en éducation⁶⁵, sous réserve de deux limites dont l'une est inapplicable en l'espèce : d'abord, le pouvoir fédéral d'intervenir soit sur le plan gouvernemental soit au moyen d'une loi réparatrice⁶⁶ (un pouvoir qui n'a été ni exercé ni invoqué dans le cas du Règlement XVII), et ensuite la protection des droits historiques appartenant à la classe de personnes regroupées selon leur dénomination religieuse⁶⁷. Pour

65. *Loi constitutionnelle de 1867*, supra note 1, paragraphe liminaire, art 93.

66. *Ibid*, arts 93(3) et (4).

67. *Ibid*, art 93(1).

la Cour, la question est donc simple : si le règlement provincial porte atteinte à un de ces droits garantis, le règlement provincial est inconstitutionnel et l'injonction n'a pas lieu d'être. Si le règlement provincial ne porte pas atteinte à un de ces droits garantis, il s'applique et, puisque la défenderesse y a contrevenu de maintes façons, l'injonction doit être accordée⁶⁸.

Dans *Mahe*, la structure de l'article 23 est examinée par le juge Purvis de la Cour du banc de la reine de l'Alberta. D'une part, son étude des trois catégories d'ayants droit est très limitée, de même que son analyse de ce que représente l'instruction en français selon l'article 23. Toutefois, il examine beaucoup plus profondément la question de savoir si la gestion et le contrôle de ces établissements font implicitement partie des droits reconnus. Il s'inspire abondamment de l'analyse que la Cour d'appel de l'Ontario a effectuée l'année précédente, laquelle s'était fondée sur la « *mischief rule* », mais aussi sur le sens plus large du terme « établissement » par rapport à « facilité », ainsi que sur le fait que les droits constitutionnels doivent être interprétés de manière large et libérale. Mais dans la foulée, le juge Purvis insiste sur la question du nombre, car les droits énoncés dans l'article 23 ne sont reconnus que si le nombre le justifie. Selon lui, empruntant à la Cour d'appel de l'Ontario, ce nombre ne doit pas être arbitrairement fixé d'avance. On doit tenir compte de facteurs variables. Les coûts sont aussi un enjeu légitime puisque l'article 23 y fait référence. Donc, le caractère exécutoire de l'article 23 dépend, comme le démontre son architecture, du nombre et des coûts, tout comme le caractère exécutoire de l'article 93 dépendait des droits reconnus antérieurement à son adoption.

Les deux droits sont destinés à des groupes, mais ceux-ci sont définis par des critères mutuellement exclusifs : soit la dénomination religieuse catholique ou protestante, soit la langue française ou anglaise, car les deux décisions insistent aussi sur le fait qu'il n'existe que deux systèmes scolaires dans leurs provinces respectives : des écoles publiques et des écoles séparées. Pour le juge Lennox de la Cour supérieure de l'Ontario, dans *Mackell*, ces écoles sont toutes de langue anglaise, à moins que le gouvernement n'ait autorisé certaines d'entre elles, qui comptent une population francophone importante, à fonctionner dans les deux langues, un privilège désormais retiré par l'effet du Règlement XVII. Pour le juge Purvis de la Cour du banc de

68. *Mackell ONCA, supra note 59 à la p 488.*

la reine de l'Alberta, dans *Mahe*, les écoles sont anglophones, mais plusieurs, sous l'autorité des règlements provinciaux, gèrent des programmes bilingues qui sont des programmes d'immersion⁶⁹. Le juge Purvis accepte aussi la preuve que la Commission scolaire catholique d'Edmonton offre maintenant un programme d'enseignement entièrement en français dans une école qui, au moment du procès, abritait aussi le programme d'immersion, mais qui allait devenir homogène l'année suivante. Les deux jugements acceptent donc que le paradigme dominant de la structuration des réseaux scolaires dans leur province respective soit la religion. La langue d'instruction est une question relevant soit des conseils publics ou des conseils séparés, soit du ministère de l'Éducation qui peut l'imposer aux deux réseaux en vertu de son pouvoir complet sur l'éducation. Même après l'adoption de l'article 23, la langue demeure un facteur secondaire de la structure des réseaux éducatifs provinciaux, du moins jusqu'au jugement de la Cour suprême dans *Mahe*.

Qui plus est, les deux juges constatent que l'instruction bilingue est la manière dont la population de langue française reçoit son enseignement. Or, ce qui a changé dans l'intervalle, c'est, d'une part, la recherche qui a démontré les effets de ce genre d'instruction sur la population de langue minoritaire⁷⁰ et, d'autre part, l'adoption de l'article 23. Le juge Purvis cite les demandeurs, qui affirment que l'article 23 «*leads them to assert that they are entitled to the establishment of Francophone schools as a matter of right and that these schools should operate at public expense*» [nos soulignés]⁷¹, pour conclure plus loin ce qui suit :

[109] *I have found that the numbers of students in the Edmonton metropolitan area are sufficient and the rights in the first two subsections of s 23 apply.*

[110] *I have also found that these rights have been recognized in timely fashion by the Edmonton Roman Catholic School Division No 7, in the area in question, by the establishment of Francophone School École Maurice-Lavallée*⁷².

Par contraste, le juge Lennox avait affirmé que les francophones, représentés par la défenderesse en l'instance, sont indubitablement

69. *Mahe* ABQB, *supra* note 63 au para 55.

70. L'instruction bilingue conduit à l'assimilation à la langue anglaise. Cette conclusion est entérinée dans le *Renvoi ontarien de 1984*, *supra* note 45.

71. *Mahe* ABQB, *supra* note 63 au para 52.

72. *Ibid* aux para 109 et 110.

des supporteurs des écoles séparées, mais que la loi ne leur a jamais reconnu un droit à l'instruction en français. Les écoles de langue française ou bilingues de l'Ontario étaient tolérées, sans disposer d'une reconnaissance législative :

I have not overlooked that it was shewn, or attempted to be shewn, by verbal testimony and records of the Department, that, prior to Confederation, in isolated instances here and there, the use of the French language was permitted (or not actively opposed) to an extent not sanctioned by the law of the Province as it now is; but it is not pretended, that this right or quasi-right or privilege or indulgence was secured to any class of persons by any law whatever of the Province of Upper Canada at the Union [nos soulignés]⁷³.

L'analyse du juge Lennox est donc strictement concentrée sur le fait que, si le français était toléré, il n'était reconnu comme droit à aucune classe de personnes (donc pas plus aux catholiques qu'aux franco-phones) dans une loi du Haut-Canada. En cela, la Cour suit l'approche adoptée dans *Ex parte Renaud*, où la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick avait dit, au sujet du fait que les écoles de la colonie étaient *de facto* contrôlées par les différentes dénominations religieuses, que ce qui déclenchait la protection de l'article 93 était :

The assumption that the character or status of the school could be legally altered or affected, or rights gained by reason of the religious opinions or feelings of the inhabitants of a District, or a majority of them, because in such a case Trustees and School Committee might perchance be elected from a particular denomination, and so that then the school might be made denominational, is in our opinion entirely erroneous⁷⁴.

Dans son étude de l'historique de l'article 93, le juge Beetz de la Cour suprême du Canada adopte la même approche dans *Re Loi sur l'instruction publique*. Dans les faits, la majorité des écoles dans les campagnes québécoises étaient catholiques romaines et la seule minorité religieuse du territoire était protestante; il y a donc des écoles « "communes", neutres, ouvertes à tous, éventuellement confessionnelles *de facto*, et les écoles dissidentes, confessionnelles *de jure* »⁷⁵. Et la

73. Mackell ONCA, *supra* note 59 à la p 478.

74. *Ex Parte Renaud*, *supra* note 28 à la p 285.

75. *Re LIP*, *supra* note 13 à la p 534.

Cour précise clairement que sous le régime de l'article 93, les faits ne créent pas le droit :

La faculté que possédait une majorité d'électeurs par l'exercice de son droit de vote d'élire des commissaires partageant une même croyance et d'instaurer, par leur entremise, une éducation confessionnelle dans une école, n'imprimait pas à l'école un statut légal de confessionnalité et ne donnait donc pas lieu à un droit à l'école confessionnelle. La confessionnalité des écoles communes, même si elle était courante dans les faits, comme je l'ai déjà dit, demeurait accidentelle, assujettie à la volonté des commissaires et aux aléas d'élections où le droit de vote et l'éligibilité n'étaient fonction d'aucun critère religieux. Dans ce régime, il n'existait pas d'école confessionnelle susceptible d'être l'objet d'un droit conféré par la loi ni de classe particulière de personnes pouvant en jouir⁷⁶.

L'article 93 confère des droits qui n'émanent pas des faits. Même si les écoles catholiques d'Ottawa sont francophones et desservent une population de langue française, cela ne donne à cette dernière aucun droit à l'instruction en français. Le Règlement XVII doit s'appliquer et l'injonction est accordée. La Commission scolaire interjette appel.

L'article 23, au contraire, confère des droits qui dépendent des faits, en particulier du nombre qui justifie l'instruction dans une langue donnée. Le juge Purvis reconnaît donc que les demandeurs ont le droit à l'instruction en français, mais ce droit a été mis en œuvre par la Commission scolaire catholique « *in a timely fashion* » avec la création d'un programme de langue française. Quant à la demande d'un conseil scolaire francophone, le nombre mis en preuve n'est pas suffisant pour le justifier; le juge Purvis semble laisser entendre que ce droit ne relève pas de l'article 23. Insatisfaits, les demandeurs portent l'affaire en appel.

D. En Cour d'appel : une approche différenciée des droits des minorités?

Lorsqu'on arrive en appel, bien entendu, les considérations factuelles cèdent le pas aux analyses juridiques. Les jugements des deux cours d'appel (Ontario et Alberta) révèlent des approches très différentes de la conception du Canada, sous-jacente aux droits constitutionnels des minorités. Quant à l'effet des droits constitutionnels

76. *Ibid* à la p 535.

eux-mêmes et à leur interaction avec le pouvoir législatif, nous verrons que les deux décisions conduisent aux mêmes conclusions.

1. *La Cour d'appel de l'Ontario* : « *La langue de l'Empire, c'est l'anglais* »

Deux des trois juges ayant entendu l'appel de la Commission des écoles séparées catholiques d'Ottawa ont écrit une décision : les juges Meredith et Garrow. Sir William Ralph Meredith avait été chef de l'opposition conservatrice à la législature ontarienne de janvier 1879 à octobre 1894 et, à ce titre, il s'était opposé tant à l'existence des écoles séparées catholiques qu'aux « privilèges » que l'on cherchait à leur conférer; il aurait aimé que « l'enseignement se donne davantage en anglais dans les écoles francophones » de l'Ontario⁷⁷. Un autre biographe le décrit ainsi : « *a man of firm principles, great industry, and forceful personality* »⁷⁸. Cette même notice biographique fait état de ses combats contre l'épiscopat catholique relativement aux droits des écoles séparées. On imagine bien l'état d'esprit de M^e Napoléon Belcourt lorsqu'il plaida les arguments de la Commission scolaire séparée catholique d'Ottawa devant un juge qui en avait ainsi été l'adversaire déclaré pendant sa carrière politique. Quant au juge Garrow, l'autre auteur d'une opinion dans ce jugement, les renseignements à son sujet sont plus modestes. Il avait été député libéral en Ontario avant d'accéder à la magistrature⁷⁹.

Se livrant à une analyse sommaire du *Separate Schools Act*, qui est la loi de référence en Ontario, le juge en chef Meredith conclut que la seule base valable pour la création d'un système d'écoles séparées est la foi catholique ou la foi protestante (ainsi qu'une disposition spéciale pour les gens de race noire) :

Save only in the case of schools for coloured people, there is not to be found in the legislation, prior to confederation any recognition

77. Peter E Paul Dembski, *Dictionnaire biographique du Canada*, vol 15, Université Laval/University of Toronto, 2003, *sub verbo* « Meredith, Sir William Ralph », en ligne : <www.biographi.ca/fr/bio/meredith_william_ralph_15F.html>.

78. William L Grant et James Miller, *Oxford Dictionary of National Biography*, 2004, *sub verbo* « Meredith, Sir William Ralph (1840–1923) », en ligne : <doi.org/10.1093/ref:odnb/34992>.

79. Government of Ontario, Ministry of Government and Consumer Services, Archives of Ontario, *Bench Books of Justice Garrow*, en ligne : <ao.minisinc.com/scripts/mwimain.dll/1548309933/DESCRIPTION_WEB/REFD/RG~2022-453?JUMP>.

*of the right to Separate Schools based upon linguistic or racial differences, or upon anything but religious differences*⁸⁰.

Cet extrait semble indiquer que le juge Meredith condamne la démarche de la Commission scolaire qui cherche à créer une école catholique francophone; pourtant, malgré le facteur linguistique, la Commission scolaire entendait vraiment se prévaloir d'un droit de créer un réseau séparé. C'est comme si la catholicité était indivisible : une fois exercée, elle ne pouvait se scinder en écoles catholiques francophones ou anglophones.

L'analyse de la *Separate Schools Act*, présentée par le juge Meredith, est sommairement résumée au paragraphe 21. Celui-ci reconnaît que les catholiques romains ont le droit d'établir des écoles séparées et que, s'ils exercent leur choix, ils recevront une part des fonds provinciaux destinés aux écoles communes, pourront prélever des taxes auprès de leurs coreligionnaires et, en conséquence, être exemptés du paiement des taxes communes. Or l'article 93(1) limite la compétence de la province, qui ne peut légiférer en portant atteinte aux droits et privilèges que la loi confère aux écoles séparées, « *and to that extent only* »⁸¹, tandis que pour le reste, la compétence provinciale est aussi ample et plénière que celle du Parlement impérial⁸².

Le juge Meredith répond ensuite péremptoirement à deux autres arguments avancés par M^e Belcourt : d'abord, que le *Traité de Paris* aurait garanti de tels droits à la communauté catholique; ensuite, que le droit naturel qu'ont les parents de choisir une éducation pour leurs enfants, conforme à leurs valeurs, ne peut leur être retiré. S'agissant du premier point, à supposer que des droits scolaires émanent du traité, ils seraient supplantés par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* (AANB), dans la mesure où cette dernière législation leur garantirait ces droits. Or, selon le juge (qui ne cite aucune référence au soutien de son affirmation), la question scolaire a été soigneusement considérée pendant l'élaboration de l'AANB — ce qui est néanmoins exact. Quant à la langue — « *The use of the French language was also a question considered and dealt with* »⁸³ —, les rédacteurs ont intégré à l'AANB l'article 133, qui ne porte que sur la langue des lois, des tribunaux et des

80. Mackell ONCA, *supra* note 59 à la p 486.

81. *Ibid* à la p 487.

82. *Ibid*.

83. *Ibid* à la p 488.

parlements du Canada et du Québec. Le juge Meredith trouve inconcevable que l'article 133 ait été ajouté si les demandeurs ont les droits qu'ils revendiquent. Or, ce n'est pas là l'argument qu'avait présenté la Commission scolaire. M^e Belcourt ne prétendait pas que l'obligation de lois bilingues ou le droit de parler français ou anglais devant les tribunaux et au Parlement découlait du droit naturel ou du *Traité de Paris*; l'argument se limitait à l'éducation et c'est sur ce plan qu'il aurait dû être abordé. De toute manière, la présence de l'article 133 dans l'AANB et l'absence de mention linguistique dans l'article 93 seraient des preuves, selon le juge Meredith, que les Pères de la Confédération n'ont pas voulu protéger la langue d'instruction. L'argument est faible et ne répond pas à l'objection selon laquelle la *Separate Schools Act* conférait implicitement aux commissions scolaires séparées le pouvoir de choisir la langue d'instruction.

L'analyse du juge Meredith relève d'une lecture littérale de l'article 93 ainsi que de la *Separate Schools Act*.

Le juge Garrow rédige une décision plus élaborée. Il rejette d'emblée et péremptoirement tout appel au droit naturel : « *Nor do we sit to determine cases based only upon natural justice, to which the learned counsel appealed* »⁸⁴. Le passage suivant, dans le même paragraphe, est digne d'être cité dans son entièreté :

*These questions of language, like questions of religion, are always delicate to handle. Susceptibilities as to them are keen. Temper is easily aroused, and reason and logic too often are left far behind. It is a perfectly natural thing that those of French descent should love their noble language, and even passionately desire to promote, as far as reasonably possible, its perpetuation here. One may even respect a similar sentiment on the part of the Germans, the Italians, and the others settled among us to whom the English is a foreign tongue. But it is not to be ignored or forgotten that, while all are tolerated, the official language of this Province, as of the Empire, is English, and that the official use of any other language is in the nature of a concession and not of a right. This is, I think, well, and indeed in my opinion conclusively, illustrated by the provisions of s 133 of the British North America Act [...]*⁸⁵.

84. *Ibid* à la p 489.

85. *Ibid*.

On remarque que la langue française est placée sur le même pied que toutes les autres. Tous les colons pour qui l'anglais est une langue étrangère sont égaux à l'égard de celle-ci, et ces colons « étrangers » sont « *settled among us* »; mais qui est ce « nous » auquel il réfère? De plus, les langues étrangères sont tolérées, mais, de toute évidence, la langue officielle de l'Empire, c'est l'anglais. Cela est tellement évident qu'on ne peut ni l'ignorer ni l'oublier. Ce n'est pourtant écrit nulle part et, alors que le juge Garrow nous enjoignait au paragraphe précédent de s'en tenir au droit écrit, il prend ici de grandes libertés avec celui-ci! De plus, il estime que l'article 133 n'est pas un « droit », mais une « concession ». L'article 133 ne donnerait donc pas aux Anglo-Québécois un droit d'accès égal aux lois, alors que le juge Dickson dira exactement le contraire dans le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba* de 1985⁸⁶ à propos de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*⁸⁷.

Le juge Garrow poursuit sur sa lancée. Dans un langage qui nous rappelle par certains aspects le jugement majoritaire dans *Caron*⁸⁸, le juge Garrow souligne qu'aucune autre disposition constitutionnelle ne traite de l'usage des langues dans les colonies. Si l'on s'en tient seulement à l'AANB, c'est exact : aucune des colonies fondatrices autres que le Québec n'est assujettie à des prescriptions linguistiques. Il semble que, selon lui, cela allait de soi : on n'en avait pas besoin, parce que l'anglais est la langue officielle de l'Empire, naturellement. Le droit naturel est bon pour l'Empire, mais pas pour les minorités! Voici la citation :

*The statute contains no provision upon the subject of the language to be used in any of the other Provinces which were united under that Act. Evidently none was considered necessary, because, in the absence of a special provision to the contrary, English, the language of the Empire, would naturally be the official language of the Province*⁸⁹.

86. *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 RCS 721, 19 DLR (4^e) 1.

87. *Acte pour amender et continuer l'acte trente-deux et trente-trois Victoria, chapitre trois, et pour établir et constituer le gouvernement de la province de Manitoba*, (1870) 33 Vict, c 3 [*Loi de 1870 sur le Manitoba*].

88. *Caron c Alberta*, 2015 CSC 56. La majorité de la Cour suprême a jugé que la présence de droits linguistiques dans certains textes constitutionnels du XIX^e siècle montre que les Pères de la Confédération savaient comment les enchâsser; le fait que les documents qui intègrent la Terre de Rupert au Canada n'en contiennent aucun signifie que cette omission était voulue et qu'il n'y a pas de droits linguistiques constitutionnels dans les provinces de Saskatchewan et d'Alberta dont elles sont issues.

89. *Mackell ONCA*, *supra* note 59 à la p 490.

Le juge n'a pas fait référence à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ou à l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*⁹⁰, qui reproduisent, dans leurs instances respectives, les prescriptions de l'article 133 et qui montrent qu'au contraire, les contemporains estimaient la question linguistique de la plus haute importance.

C'est cependant au paragraphe suivant que le juge Garrow développe un argument qui peut apparaître mieux fondé selon une lecture littérale de l'article 93. En effet, il constate que le droit ou privilège dont disposent les écoles séparées concerne la religion et que c'est celui-là que protège l'article 23 :

*Now, while it is doubtless true that many of the supporters of such schools are of French origin, there are also large numbers of other supporters of whom French is not the natural language. And, as far as I can see, neither the one class nor the other has or ever had any "right or privilege" concerning the use in such schools of any language other than English. In other words, the "right or privilege" protected by the law is not one concerning language, but to have what the general community has not, namely, religious instruction imparted in such schools. I therefore quite fail to see how the circular in question, which deals only with language, prejudicially or in any way at all affects that right or privilege, which apparently is left exactly as it was established in 1863*⁹¹.

L'accent est donc mis sur l'aspect religieux de la garantie plutôt que sur son aspect linguistique. Le juge Garrow semble aussi tenir pour acquis qu'il n'y a jamais eu de droit ni de privilège conféré à une langue autre que l'anglais dans les écoles⁹². Cette affirmation est discutable. Une révision des lois antérieures à 1867 au Canada-Ouest ne permet pas de retrouver des dispositions imposant l'anglais. De plus, le juge Garrow a lui-même reconnu que l'usage du français dans les écoles était connu des autorités et accepté : cela ne constitue-t-il pas un privilège par rapport à cet usage?

Les trois autres juges se contentent de signer laconiquement « *I concur* », sans préciser auquel des deux jugements ils donnent leur aval. Celui de Meredith est certainement plus formel et respectueux

90. *Acte pour amender et refondre les lois relatives aux Territoires du Nord-Ouest*, (1875) 38 Vict, c 49 [Acte des Territoires du Nord-Ouest].

91. Mackell ONCA, *supra* note 59 à la p 491.

92. *Ibid.*

des pouvoirs législatifs provinciaux. L'arrêt *Hodge c R*⁹³, qu'il cite à l'appui de la proposition de l'amplitude des pouvoirs législatifs provinciaux, ne portait pas du tout sur une possible limitation de ceux-ci par la reconnaissance de certains droits, mais seulement sur la question de savoir si le Parlement provincial peut déléguer un pouvoir législatif aux municipalités — il le peut tout autant que le pouvait le Parlement impérial. Ce sont deux questions différentes, mais elles ne le sont pas pour le juge Meredith, qui soutient ainsi la compétence législative provinciale au détriment des droits fondamentaux des minorités. Le juge Garrow est plus anglophile dans ses propos : c'est moins au nom de la souveraineté des provinces qu'à celui de la langue de l'Empire qu'il s'astreint à une lecture restrictive de la garantie constitutionnelle. Alors qu'un juge réaffirme le pouvoir provincial et restreint la portée des protections des droits des minorités, l'autre arrive au même résultat en qualifiant toute mesure linguistique de « tolérance », parce que l'anglais est tellement naturel qu'il est inutile de légiférer sur son usage, sauf pour autoriser l'emploi d'autres langues.

2. La Cour d'appel de l'Alberta : les compromis politiques et l'idéal d'une école publique commune

La décision de la Cour d'appel de l'Alberta n'est pas facile à comprendre, puisque la Cour ne pêche pas par excès de clarté. D'ailleurs, le début de la décision consiste à déterminer ce qu'a décidé le premier juge; selon la Cour d'appel, il y a certaines contradictions entre les énoncés du juge Purvis et son ordonnance. Selon la Cour, le premier juge aurait décidé que l'article 23(3) accorde à la fois un droit à l'instruction en français et « *a degree of exclusive management and control over provision and administration of minority language schools* »⁹⁴.

Le juge Kerans énonce huit questions différentes auxquelles il estime devoir répondre pour trancher l'appel. Cela implique une définition du terme « instruction » à l'article 23(3)a) et de l'expression « établissement de la minorité » à l'article 23(3)b). Il s'agit également de déterminer les coûts en relation avec le nombre, la possibilité d'un droit à l'instruction ou aux établissements, à Edmonton, la conformité de la loi scolaire provinciale avec soit l'article 23 soit l'article 15 (qui garantit un droit au bénéfice égal de la loi sans discrimination) et finalement la

93. *Hodge v R*, [9] AC 13, 1883 CarswellOnt 6.

94. *Mahe ABQB*, *supra* note 63 au para 112.

conformité de la situation à Edmonton avec chacune de ces deux dispositions constitutionnelles.

Le jugement de la Cour d'appel de l'Alberta est moins marqué au coin de la prédominance de la langue anglaise que de la situation réelle de la francophonie albertaine, qui est passée de 60 % dans la région d'Edmonton au début du XIX^e siècle à 5 % au moment du procès⁹⁵. De plus, même si la Cour d'appel se montre un peu plus sensible à la réalité des droits des minorités, elle entérine l'idée que les droits linguistiques sont des « compromis politiques », ce qui conditionne leur interprétation⁹⁶. Alors que les appelants plaidaient que cette règle ne peut s'appliquer à l'article 23, le juge Kerans répond clairement : « *In my view, precisely the same can be said of s 23. No subject has created more political controversy in Canadian history than minority education rights* »⁹⁷. Il cite d'ailleurs une décision du Conseil privé au sujet de l'article 93⁹⁸, « *a judgment that could hardly be described as an example of purposive, generous or "growing tree" interpretation held to the strict words of s 93* »⁹⁹. Ce parallèle entre l'interprétation de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et celle de l'article 23 de la *Charte canadienne* est néanmoins suspect; comme il a été démontré au début de la présente étude, tant le libellé que la structure de chacun des deux textes sont fort différents, le premier référant à des droits acquis dans une loi, le second conférant directement des droits.

Ce compromis, reflété dans l'article 23, est ainsi exprimé par la Cour :

*In my view, the words under review were chosen for their very imprecision. The compromise expressed in s 23 is between those, both anglophone and francophone, who say that matters of educational policy are best handled at the provincial level, and those who say that some language rights must be entrenched. As a result, the Charter does not embrace any particular modality of education. It leaves all that to the province in exercise of its constitutional mandate, which is a compromise reflecting one side of a political question*¹⁰⁰.

95. *Mahe ABCA*, supra note 63 au para 64.

96. La Cour applique *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick*, supra note 27 aux pp 188–90.

97. *Mahe ABCA*, supra note 63 au para 75.

98. *Tiny Separate Schools Trustees v The King*, [1928] 3 DLR 753, 1928 CanLII 355 (UK JCPC).

99. *Mahe ABCA*, supra note 63 au para 75.

100. *Ibid* au para 78.

Cela signifie que ni le système d'écoles publiques ni celui de conseillers scolaires élus localement, qui lui est essentiel, ne sont constitutionnalisés : la plus grande discrétion possible est laissée au gouvernement provincial quant à la mise en œuvre des droits. Dans une telle analyse, nous constatons que la différence entre les articles 93 et 23 n'est pas si grande : si l'article 93 s'en remet à la discrétion des provinces avant l'enchâssement des droits dans la constitution, l'article 23 fait de même après l'enchâssement des droits. Dans l'article 93, les droits sont accordés dans une loi en fonction de la discrétion provinciale, puis enchâssés; dans l'article 23, ils sont enchâssés, puis accordés dans une loi en fonction de la discrétion provinciale. C'est bonnet blanc, blanc bonnet.

La Cour albertaine manifeste cependant un intérêt plus marqué que son homologue ontarienne pour la dimension linguistique de la protection constitutionnelle, bien que ce soit « *in a limited way* », ce qu'incarne le compromis atteint :

An historical viewpoint commands that one recognize that the first purpose of the section is to prevent assimilation of one language group or the other in any part of Canada, and at least in that limited way enhance a society in which the two languages acknowledged by s 16 of the Charter to have pre-eminent status shall continue to be used. [...].

I conclude that the two ideas reflected in s 23 are to offer strong rights to the s 23 group to prevent assimilation and foster the growth of both official languages everywhere in Canada and, at the same time, interfere as little as possible with provincial legislative jurisdiction over educational institutions. To the extent that these ideas are in conflict, s 23 is a compromise¹⁰¹.

Ainsi le compromis consiste à conférer des droits solides et, en même temps préserver la souveraineté provinciale.

La Cour procède ensuite à une interprétation de l'article 23(3)a, qui consiste, selon elle, à offrir plus que des cours de langue, mais plutôt « *what is necessary to offer children a reasonable opportunity to become fluent* »¹⁰². Comme on le verra, l'objet de l'article 23 est beaucoup plus vaste; la Cour d'appel semble en limiter le premier volet à une simple question de compétence linguistique. Cela transparait dans la suite,

101. *Ibid* aux para 81 et 82.

102. *Ibid* au para 85.

où elle mentionne qu'il faudra peut-être isoler les enfants de la minorité linguistique quelques heures par jour, tisser des liens avec les institutions francophones ou les parents et considérer la participation des parents dans les affaires de l'école. La Cour fixe trois limites à ce droit : 1) il est assujéti au nombre qui le justifie; 2) il est sujet aux limites raisonnables en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*; et 3) il ne s'étend pas à la gestion. L'interprétation de l'article 23(1)a) est donc très limitée, tout comme l'était celle du *Separate Schools Act* ou de l'article 93 dans *Mackell*.

Dans un second temps, l'article 23(3)b) est interprété comme une extension du droit reconnu à l'article 23(3)a) : il s'agit du « *political right to run schools* ». Alors que l'alinéa a) se limite à l'instruction, mais peut englober une salle, une classe, une portion d'école ou une école complète — puisque l'instruction doit bien se dérouler quelque part —, l'article 23(3)b) vise la gestion¹⁰³. La définition du droit accordé est généreuse :

In my view, s 23(3)(b) guarantees to s 23 students, where numbers warrant, an educational system (with all its complexity and cost) that not only offers the same quality of education as other systems but is run by the minority language group or its representatives. To that extent, I disagree with the learned trial judge¹⁰⁴.

Il y a donc deux droits distincts, qui sont conditionnés par le nombre et par les coûts. Le premier droit est le droit à l'instruction, dans des classes ou des écoles. Le second est un droit de gestion. Selon la Cour, il se peut bien que l'article 23 enchâsse des droits existants en matière de gestion scolaire, notamment au Nouveau-Brunswick et au Québec¹⁰⁵. Cette approche reflète, selon la Cour, le compromis auquel on est arrivé en 1982 : soit que le nombre justifie une instance de gestion ou uniquement l'instruction (qui peut avoir lieu dans des classes ou des écoles). La province demeure, par ailleurs, libre de structurer cette gestion¹⁰⁶. De plus, ce droit est limité par les droits confessionnels tels qu'ils s'appliquent en Alberta : le groupe catholique ne pourrait peut-être pas être scindé sur des bases linguistiques¹⁰⁷.

103. *Ibid* aux para 90 et 92.

104. *Ibid* au para 96.

105. *Ibid* au para 98.

106. *Ibid* au para 103.

107. *Ibid* aux para 107–10; la Cour semble indiquer au paragraphe 111 que ces remarques sont *obiter* puisque la question n'a pas été pleinement débattue au procès.

La question du nombre est reliée à celle des coûts, et il n'existe pas de formule toute faite : chaque situation est unique et dépend des faits¹⁰⁸.

Quant à la revendication d'un conseil scolaire à Edmonton, la Cour estime que les demandeurs n'ont pas réussi à prouver qu'ils ont droit à un système éducatif égal à celui qu'ils ont maintenant, à un coût raisonnable. Autant le droit reconnu est généreux dans son principe, autant sa mise en œuvre devient problématique, parce qu'elle dépend de la présence d'un nombre très élevé, qui n'est pas présent ici. La preuve des coûts a été fondée sur une fréquentation estimée de 500 élèves à l'École Maurice-Lavallée¹⁰⁹ et la Cour doute que ce nombre soit atteint¹¹⁰.

La section suivante examine la conformité de la loi scolaire albertaine avec l'article 23. En particulier, la Cour analyse la loi comme ne déléguant pas au Conseil scolaire catholique ou public le devoir de se plier à l'article 23; l'article 159 de la loi, selon lequel un conseil scolaire peut autoriser l'usage du français comme langue d'instruction, ne contredit pas l'article 23 comme tel. C'est à la province de décider comment s'acquitter de l'obligation, et « *[b]ecause, as I have earlier said, institutional arrangements for the implementation of s 23(3)(a) rights fall within the jurisdiction of Alberta, I will not order Alberta's choice* »¹¹¹. En vertu de l'article 23(3)a, puisque la loi n'a pas délégué au Conseil la responsabilité de décider de l'instruction en français pour les ayants droit, elle n'est pas *ultra vires*. La loi n'a pas non plus indiqué comment la province s'acquittera de sa responsabilité et la Cour refuse de lui ordonner quoi que ce soit. C'est la quadrature du cercle : la loi n'est pas inconstitutionnelle parce qu'elle confère un pouvoir discrétionnaire à un conseil scolaire de la majorité; elle pourrait l'être parce qu'elle est silencieuse quant aux responsabilités provinciales, mais la Cour n'ordonnera rien : « *In the end, the only response to the question that I can make is that Alberta law does not yet acknowledge s 23, but nothing about it explicitly contradicts the rights in that section. Whether this situation calls for a remedy will be considered later* »¹¹².

108. *Ibid* aux para 114–17.

109. *Ibid* aux para 119–20.

110. Au moment de l'audition en Cour suprême, la fréquentation de l'école atteignait 780 élèves, mais les règles étant ce qu'elles sont, la Cour a dû travailler à partir d'une fréquentation de 242 élèves, selon la preuve au moment du procès.

111. *Mahe ABCA*, *supra* note 63 au para 125.

112. *Ibid* au para 131.

La décision se termine par une étude de l'effet possible des droits à l'égalité protégés par l'article 15 de la *Charte*. La position juridique de la Cour échappe en grande partie à notre étude, puisque aucune question de droit à l'égalité n'avait été soulevée dans *Mackell*: il n'existe donc pas de base de comparaison. Dans la mesure où l'article 15 est invoqué au soutien d'une interprétation de l'article 23 lui-même, l'argument est rejeté: l'article 23 réserve un traitement spécial à deux groupes linguistiques seulement (comme l'article 93 offrait un traitement spécial à deux groupes religieux seulement); ensuite, l'égalité d'instruction découle directement de l'article 23 lui-même; enfin, l'article 15 n'ajoute rien aux droits de l'article 23¹¹³.

Néanmoins, il convient de mentionner l'apologie que fait la Cour de l'instruction publique, une idée issue de la république américaine et importée au Canada, que la Cour semble embrasser avec enthousiasme. La réponse globale à l'argument d'égalité est que le système scolaire n'est pas nécessairement « anglais »; c'est plutôt un système « public »: « *In any event, I challenge the assumption, underlying much of the argument before us, that the public school system in Alberta is somehow "English" so that s 15 commands that, in the name of equality, there be an identical system in place that is "French"* »¹¹⁴.

Dans *Mackell*, on justifiait le rejet de la protection de la minorité franco-catholique au nom de la « langue de l'Empire »; ici, on le rejette au nom de la neutralité du système scolaire — peu importe dans quelle langue celui-ci fonctionne et quelle culture il vise à transmettre! Citant le professeur américain Lawrence Cremin, la Cour signale que l'école publique est une école commune pour tous, accessible sans imposer de coûts spéciaux, offrant aux élèves d'origines diverses une expérience éducative minimale commune, impliquant l'éducation intellectuelle et morale nécessaire à un exercice responsable et intelligent de la citoyenneté et évitant autant que possible les secteurs qui deviendraient tellement divisifs sur le plan intellectuel et moral que cela détruirait l'engagement prépondérant de l'école envers l'universalité; l'école publique est soutenue financièrement par tous, par des fonds publics; et l'école publique est contrôlée par l'ensemble de la collectivité, par l'intermédiaire de ses représentants élus, plutôt que par des

113. *Ibid* aux para 143–45.

114. *Ibid* au para 147.

groupes politiques, économiques ou religieux sectaires¹¹⁵. C'est cette vision que manifeste la *School Act* de l'Alberta et ce n'est ni oppressif ni antidémocratique :

It is difficult to criticize the public school as undemocratic when, in the United States of America, it has virtually been entrenched in the constitution as essential to democracy. Public assistance to any other school has been described there as tantamount to the establishment of a religion, and a plea — like that of these appellants — for a system which is “separate but equal” has been rejected as a subversion of the essential nature of the public school, and unequal [nos soulignés]¹¹⁶.

Le chat sort du sac : l'école de langue française n'est pas égalitaire, elle est « *separate but equal* », comme au temps de la ségrégation scolaire américaine. L'argument est faux, parce qu'alors qu'aux États-Unis, la fréquentation des écoles noires était obligatoire, ne laissant aucun choix aux élèves, la fréquentation des écoles de langue française n'était pas obligatoire. L'article 23 offre un droit aux ayants droit et les obligations qu'il crée sont à l'encontre de l'État, et non des minoritaires.

Quoi qu'il en soit, la Cour semble chercher à corriger le tir dans le paragraphe suivant. Elle avance que la revendication d'égalité à l'égard d'un système séparé contrevient à l'esprit de l'article 23; quant à l'existence de droits spéciaux pour les catholiques, la Cour concède que cela contredit aussi l'idéal d'égalité, au nom d'un compromis historique illogique :

They [les appelants francophones] do not want a common school. I certainly do not criticize them for that! The difficulty arises when, having rejected the key elements of a common school, these Albertans claim — in the name of equality — a right to demand those features of it that they do like. I cannot accept that, in the name of equality, one can demand for one purpose a school system that is designed for another, or, worse, select parts of a system designed for one purpose in order to use them for another purpose. (I concede that, in Alberta, some schools are a curious combination: both sectarian and “public”. The inherent contradiction was an historic compromise which, I admit, looks a little illogical)¹¹⁷.

115. *Ibid* au para 148.

116. *Ibid* au para 150.

117. *Ibid* au para 151.

Est-il vrai de prétendre que les appelants ne veulent pas d'une école commune? En réalité, ils désirent une école publique commune aux francophones, dans laquelle la langue et la culture françaises, plutôt que la langue et la culture anglaises, façonnent l'instruction des enfants. La conception républicaine de l'école, défendue par Cummins et entérinée par la Cour d'appel de l'Alberta, est celle d'une école qui ne fonctionne que dans une seule langue. Condorcet ne disait pas autre chose dans sa défense d'une école publique en France et la résistance de l'État français à tout enseignement dans une langue autre que le français (sauf pour apprendre une langue régionale historique) se fonde sur la même idéologie. Voilà pourquoi, même si l'égalité commande le respect des différences culturelles, il est loin d'être clair que cela peut s'inscrire dans une politique scolaire différenciée au nom de la culture minoritaire; en l'espèce, pour la Cour, cela ne donne pas droit à un système scolaire parallèle.

La conception républicaine de l'école commune et son articulation avec le droit à l'égalité font écho à la conception uniformisante de l'éducation publique anglaise manifestée dans *Mackell*, avec une concession politique aux minorités catholiques, sans égard à l'enjeu culturel ni à la réalité des faits. L'article 23 joue, à l'endroit de l'école commune — unilingue —, le même rôle que celui de l'article 93 à l'endroit des écoles communes unilingues du XIX^e siècle.

En conclusion, la Cour d'appel de l'Alberta rejette l'appel. Si le nombre justifie l'application de l'article 23(3)a), il ne justifie pas celle de l'article 23(3)b), interprété comme conférant un droit de gestion dont la teneur relève de la discrétion de la province. Les deux cours d'appel sont donc au diapason. Même si les catholiques sont majoritairement francophones à Ottawa, cela ne leur confère pas un droit à des écoles de langue française parce que cela ne faisait pas partie du compromis de 1863 et la province reste libre de légiférer à cet égard. Même si les francophones de l'Alberta revendiquent un traitement égal relativement à l'instruction, leur nombre ne justifie pas une structure de gestion et la province demeure libre de légiférer à cet égard. Les deux affaires sont donc portées en appel.

E. En dernière instance : l'interprétation littérale ou l'interprétation téléologique de la souveraineté législative des provinces en matière d'éducation

Le litige ontarien n'a pas été porté devant la Cour suprême du Canada : on a préféré s'adresser directement au tribunal de dernière

instance, le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres, comme le permettait le droit de l'époque. Les appels en provenance du Canada y ayant été abolis en 1949, la Cour suprême a, quant à elle, accepté d'entendre l'appel des Franco-Albertains.

Le rôle des tribunaux de dernière instance est d'établir des principes et de corriger les erreurs de droit s'il y a lieu. Fidèle à son attitude générale, le Comité judiciaire a proposé une lecture littérale de l'article 93. La Cour suprême du Canada, elle, a préféré une approche téléologique et s'est éloignée de la thèse du compromis politique limitant la portée des droits garantis.

1. *Le Comité judiciaire du Conseil privé : respect du texte et des précédents*

Le moins que l'on puisse dire, c'est que la décision du Comité judiciaire du Conseil privé de Londres, écrite par Lord Buckmaster, le lord chancelier (l'équivalent du juge en chef moderne), ne prêche pas par avant-gardisme. Par un recours à la fois au texte même de l'article 93 et à des lois préconfédératives, ainsi qu'à des précédents, le Comité judiciaire maintient la décision initiale et rejette les arguments constitutionnels avancés par la Commission scolaire.

Le Comité judiciaire annonce d'emblée sa position : l'article 93 garantit des droits et non des états de fait consacrés par la pratique, comme il a été statué dans *Barrett* :

*There is no question that the English-French Roman Catholic separate schools in Ottawa are denominational schools to which the provision applies, and it has been decided by this Board that the right or privilege reserved in the provision is a legal right or privilege, and does not include any practice, instruction, or privilege of a voluntary character which at the date of the passing of the Act might be in operation (*City of Winnipeg v Barrett*, [1892] AC 445) [nos soulignés]¹¹⁸.*

La question deviendra donc de savoir si un quelconque droit de choisir la langue d'instruction avait été conféré par une loi avant la confédération.

Comme la Cour d'appel de l'Ontario, le Comité judiciaire interprète aussi l'argument de la Commission scolaire comme voulant dire que

118. *Mackell JCPC*, *supra* note 3 aux pp 3–4.

les catholiques francophones disposeraient de droits distincts en vertu de l'article 93, ce qui n'est pas le cas. La « classe de personnes » à laquelle l'article 93 fait référence est celle des protestants ou des catholiques, qui forment une classe indivisible : « *Further, the class of persons to whom the right or privilege is reserved must, in their Lordships' opinion, be a class of persons determined according to religious belief, and not according to race or language* » [nos soulignés]¹¹⁹. Il faudra donc vérifier si les syndics des commissions scolaires catholiques avaient le droit, en tant que classe, de choisir la langue d'instruction dans leurs écoles et si ce droit était protégé par l'article 93 :

In relation to denominational teaching, Roman Catholics together form within the meaning of the section a class of persons, and that class cannot be subdivided into other classes by considerations of the language of the people by whom that faith is held. The appellants and the respondents, therefore, are members of the same class, but this fact does not affect the appellants' position on their appeal, for their case is that even to the class so determined there was preserved by the statute and vested in them as trustees rights or privileges which include the right of deciding as to the language to be used as a means of instruction; and the question, therefore, that arises is, What were the rights and privileges that were protected by the Act, and were they invaded by the circular according to its true meaning [nos soulignés]¹²⁰?

Le *Separate Schools Act* de 1863 accorde aux syndics des écoles séparées catholiques les mêmes pouvoirs qu'aux syndics des écoles communes; la Cour va donc analyser le contenu de la *Common Schools Act* de 1859¹²¹ — la loi ontarienne la plus récente avant 1867, celle qui attribue des pouvoirs aux syndics — pour y chercher une délégation du pouvoir de choisir la langue d'instruction. Elle ne trouvera pas une telle délégation, ce qui la conduit à rejeter les prétentions de la Commission scolaire catholique. Puisqu'aucun pouvoir de ce genre n'a été conféré aux conseils publics, il ne l'a pas été non plus aux conseils séparés, et le Règlement XVII, en imposant l'anglais comme langue

119. *Ibid* à la p 4.

120. *Ibid*. Il faut noter que cette conclusion sera indirectement remise en cause par la Cour suprême du Canada dans *Mahe*, lorsque le juge Dickson étendra la protection de l'article 23 aux francophones catholiques, si leur nombre le justifie, ce qui créerait à terme quatre réseaux scolaires : francophone catholique, francophone public, anglophone catholique, anglophone public. Voir la note 154.

121. *An Act respecting Common Schools in Upper Canada*, (1859) 22 Vict, c 64.

d'enseignement, ne contrevient donc à aucun droit ou privilège accordé « par la loi » aux écoles séparées.

La Cour porte attention au fait que la loi de 1859 mentionne à deux reprises que l'exercice des pouvoirs des syndics est assujéti aux règlements du ministre de l'Éducation, notamment à l'article 7(16) ainsi qu'à l'article 26. Donc, même si le pouvoir de choisir la langue d'instruction avait été délégué, il serait en tout temps assujéti à l'autorité du ministre. Rien, dans la loi, ne retire au ministre son pouvoir de régler la langue d'instruction, pouvoir qu'il tire de son autorité générale d'établir des règlements pour la conduite des écoles.

Cette lecture positiviste de la loi ne saurait être teintée par des considérations contextuelles relatives à l'importance de la langue pour la culture et l'épanouissement de la communauté. La Cour reconnaît l'importance que prend la langue pour les appelants, mais elle ramène le débat sur le plan de la confessionnalité, signalant que les supporters de l'école séparée n'ont pas tous le français comme langue maternelle. Elle admet que l'atteinte de l'équilibre linguistique peut s'avérer délicate. Elle cite de larges extraits du rapport Merchant de 1910, dans lequel il est fait mention que la langue de l'Empire est l'anglais quoiqu'en pensent les tenants de l'école bilingue. Le but de la réforme serait donc, selon ce rapport, de faire des francophones de meilleurs citoyens en leur apprenant l'anglais¹²². La Cour analyse le texte du Règlement XVII pour constater que certaines exceptions avaient été consenties quant à l'instruction religieuse, en conformité avec les droits protégés par l'article 93. Tel n'était pas le cas de la langue.

Le paragraphe 18 de la décision contient le cœur du raisonnement de la Cour. Selon celle-ci, M^e Belcourt prétendait que l'article 3 de la circulaire, qui impose l'instruction en anglais dans toutes les écoles à partir de la troisième année du primaire, constituait une ingérence dans un droit naturel des parents francophones. La Cour répond :

[...] *but unless this right was one of those reserved by the Act of 1867, such interference could not be resisted, and their Lordships have already expressed the view that people joined together by the union of language and not by the ties of faith do not form a class of persons within the meaning of the Act [nos soulignés]*¹²³.

122. Mackell JPC, *supra* note 3 aux pp 6 et 7.

123. *Ibid* à la p 8.

Dans la foulée, la Cour signale la présence de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, déjà évoqué en Cour d'appel : « *If any inference is to be drawn from this section, it would not be in favour of the contention of the appellants* »¹²⁴.

Le paragraphe 20 est contraire à l'attitude de la Cour suprême à l'égard du droit de gestion. En effet, l'appelante plaidait que le droit de gestion des syndic inclut implicitement celui de choisir la langue de l'instruction, mais tel n'est pas le cas :

*The right to manage does not involve the right of determining the language to be used in the schools. Indeed, the right to manage must be subject to the regulations under which all the schools must be carried on; and there is nothing in the Act to negative the view that those regulations might include the provisions to which the appellants object [nos soulignés]*¹²⁵.

Donc, le droit de gestion ne comprend pas celui de choisir la langue d'instruction. Dans *Mahe*, comme on le verra, la Cour suprême conclura, pour sa part, que le droit d'instruire ses enfants dans sa langue comprend celui de gérer les écoles, établissant un lien direct entre les deux. Pour le Comité judiciaire, un tel lien n'existe tout simplement pas. Qui plus est, le ministre conserve le pouvoir de réglementer la langue et rien dans la loi ne semble contredire ce fait ou lui retirer ce pouvoir. Il est vrai que ce pouvoir ne lui est pas explicitement retiré et peut raisonnablement faire partie des pouvoirs réglementaires généraux du gouvernement. Cependant, si le droit de gestion des écoles conféré aux syndic avait inclus le droit de choisir la langue d'instruction, un tel droit aurait alors été conféré tant aux syndic des écoles publiques qu'à ceux des écoles séparées et s'il avait fait partie des pouvoirs de ces derniers, cela aurait peut-être pu les faire tomber dans le giron de la protection conférée par l'article 93, auquel cas le gouvernement ne pourrait leur retirer ce pouvoir, contrairement au cas des écoles publiques¹²⁶. Cela ne diviserait nullement les écoles séparées sur une base linguistique ni ne conférerait des pouvoirs différents aux syndic catholiques francophones et aux syndic anglophones; cela leur donnerait seulement le pouvoir de décider de la langue d'instruction dans

124. *Ibid* aux pp 8 et 9.

125. *Ibid* à la p 9.

126. La jurisprudence moderne accepte que les écoles publiques aient moins de protection constitutionnelle et soient susceptibles de voir leurs pouvoirs rétrécis de manière plus considérable que dans les écoles séparées. Voir *Public School Boards*, *supra* note 51.

leurs écoles, à l'abri d'une ingérence gouvernementale. Le contraste est saisissant entre le sort que réserve la Cour aux pouvoirs réglementaires du gouvernement, d'une part, et aux pouvoirs de gestion délégués par la loi aux syndicats des écoles, d'autre part. Dans le premier cas, le pouvoir inclut celui de réglementer la langue d'instruction. Dans le second, il ne l'inclut pas. Même s'il l'incluait, le pouvoir réglementaire du gouvernement aurait préséance.

La position de la Cour, selon laquelle l'article 93 ne protège que des pouvoirs liés à l'enseignement religieux et non au choix de la langue, ne confère à celle-ci aucun statut constitutionnel, à moins d'en faire une compétence exclusive des conseils scolaires. Une interprétation téléologique de la loi et de la garantie constitutionnelle aurait pu permettre de développer un tel raisonnement. L'approche choisie est cependant littérale et stricte.

Le dernier argument avancé par les appelants était celui du choix des enseignants (un pouvoir reconnu dans *Mahe* comme faisant partie de l'article 23 de la *Charte canadienne* au titre du droit de gestion). Cet argument est aussi écarté. Le droit de choisir les enseignants est restreint par le fait que ce choix doit s'effectuer parmi les candidats et candidates qualifiés, et c'est le « *Board of Education* » qui établit les conditions de qualification, lesquelles peuvent comprendre des exigences relatives à la langue¹²⁷.

Le Comité judiciaire consacre donc la scission entre la foi et la langue sur le plan du traitement législatif, concluant une démarche amorcée dans *Barrett* et dans le compromis Laurier-Greenway (tandis qu'en 1871, au Nouveau-Brunswick et au moment de l'affaire *Ex parte Renaud*, la pensée juridique n'effectuait pas encore cette séparation). L'essence de la décision du Comité judiciaire porte sur le caractère limité de la garantie consentie par l'article 93 : la classe de personnes visées est définie par leur foi et ne peut pas être subdivisée sur une base linguistique. Par contraste, dans *Mahe*, tout comme dans le *Renvoi ontarien de 1984*, les tribunaux ont appliqué l'article 23 autant aux écoles séparées qu'aux écoles publiques, subdivisant ainsi les francophones en catholiques et autres. Plus pertinent à notre propos est le constat que le droit de gestion des syndicats des écoles séparées n'inclut pas celui de choisir la langue de l'instruction. Comme on le verra, dans *Mahe*, le

127. Mackell JCPC, *supra* note 3 au para 27.

lien entre langue et pouvoir de gestion a été clairement établi. Le droit de gestion et la langue d'instruction sont étroitement liés et l'un ne peut aller sans l'autre.

L'attitude du Comité judiciaire, dans *Mackell*, contraste donc fortement avec celle qu'adopte la Cour suprême dans *Mahe*. Si le Comité judiciaire ne se prononce pas sur « la langue de l'Empire », son attitude littérale dans l'interprétation de la Constitution et de la loi a été remplacée par une approche fort différente dans *Mahe*.

2. *La Cour suprême du Canada dans Mahe : interprétation téléologique et droits implicites*

Le jugement de la Cour suprême du Canada, dans *Mahe*, représente un exposé de principe puissant au sujet de l'importance des écoles pour les minorités, même si, en pratique, l'ordonnance demandée n'a pas été obtenue, la Cour se contentant d'énoncer des déclarations¹²⁸ qui ont toutefois servi de socle à la jurisprudence ultérieure en matière de droits linguistiques constitutionnels au Canada. Si nous avons abondamment signalé son importance, allant jusqu'à le qualifier de « jugement de la décennie en droits linguistiques »¹²⁹, un autre auteur n'a pas manqué de faire observer qu'à son avis, la Cour avait quelque peu détourné le sens initial de l'article 23, voulu par ses rédacteurs, pour imposer une certaine vision de la dualité linguistique canadienne

128. Yves LeBouthillier, « L'affaire *Mahe* et les droits scolaires : difficultés de mise en œuvre d'un droit proportionnel aux effectifs d'une minorité » (1990) 22:1 RD Ottawa 77.

129. Pierre Foucher, « L'affaire *Mahe* : le jugement de la décennie en droits linguistiques » (1990) Forum Constitutionnel 10, cité dans Commission de Venise, « La protection des minorités », travaux de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1994 à la p 370. Voir aussi Pierre Foucher, « Utopie réalisée? Manifestations juridiques du projet de bilinguisme canadien » dans Michel Bock, François-Olivier Dorais et E-Martin Meunier, dir, *Le projet du bilinguisme canadien : histoire, utopie et réalisation*, (2018) 26:1 Bulletin d'histoire politique 191 [Foucher, « Utopie réalisée? »]; Pierre Foucher et Linda Cardinal, « Minority Language, Education and the Constitution » dans Peter Oliver, Patrick Macklem et Nathalie Des Rosiers, dir, *The Oxford Handbook on the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 553; Pierre Foucher, « Une question mal posée? » (2009) 11 RCLF 73 à la p 78; Pierre Foucher, « Droits et lois linguistiques : le droit au service du Canada français » dans Joseph Yvon Thériault, Anne Gilbert et Linda Cardinal, dir, *L'espace francophone en milieu minoritaire au Canada. Nouveaux enjeux, nouvelles mobilisations*, Montréal, Fides, 2008, 463; Pierre Foucher, « Langues, lois et droits. Pour qui? Pourquoi? L'action de l'État et des acteurs sociaux dans le domaine juridique en matière de langues officielles au Canada » dans Marcel Martel et Martin Pâquet, dir, *Légiférer en matière linguistique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2008, 389.

à partir d'une disposition à la vocation plus modeste¹³⁰. L'adhésion unanime de la Cour à la décision représente un précédent fortement en faveur d'une approche très différente que celle qui avait été utilisée par le Comité judiciaire en 1916. Cela tient, selon nous, de la nouvelle approche moderne en matière d'interprétation des droits fondamentaux.

Rappelons d'abord que, dans un premier temps, la Cour avait prétexté de la nature de compromis politique que sont les droits linguistiques pour en proposer une lecture littérale, un peu à l'image de celle qu'utilisait le Comité judiciaire¹³¹. Le juge Dickson lui-même avait cependant proposé une lecture téléologique de l'obligation de légiférer dans les deux langues, signalant le lien entre langue, identité et culture, et affirmant que le but de l'obligation était de donner aux deux communautés linguistiques un accès égal aux lois¹³².

D'entrée de jeu, le juge en chef Dickson donne le ton. L'article 23 occupe une place à part dans l'architecture constitutionnelle du Canada et la reconnaissance des droits linguistiques :

L'article 23 est une des composantes de la protection constitutionnelle des langues officielles au Canada. Il revêt cependant une importance toute particulière à cet égard en raison du rôle primordial que joue l'instruction dans le maintien et le développement de la vitalité linguistique et culturelle. Cet article constitue en conséquence la clef de voûte de l'engagement du Canada envers le bilinguisme et le biculturalisme [nos soulignés]¹³³.

Ce passage révélateur, dont la pensée irrigue tout le reste du jugement, mérite d'être contrasté avec *Mackell*. Il n'est plus question ici de la « langue de l'Empire », bien entendu; le paradigme national a changé¹³⁴. Mais il y a plus. Le Comité judiciaire se contentait de scruter

130. Robert G Richards, « *Mahe v Alberta: Management and Control of Minority Language Education* » (1990–1991) 36 RD McGill 216. Pour une perspective favorable à cette relecture de l'histoire: Paul Dubé, « Une ré-écriture de l'histoire d'hier et d'aujourd'hui: "l'affaire *Mahe*" » (2015) 27:2 Cahiers franco-canadiens de l'Ouest 211.

131. Voir le jugement du juge Beetz pour la majorité dans *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick*, *supra* note 27. Le juge Dickson était dissident.

132. Renvoi: *Droits linguistiques au Manitoba*, *supra* note 86.

133. *Mahe CSC*, *supra* note 4 à la p 350.

134. Le professeur Claude Couture estime que le paradigme impérial, même s'il a quitté la scène du discours officiel, continue d'influencer la pensée politique au Canada anglais. Voir notamment Claude Couture et Daniel Chandonnet, *Vingt ans après Charlottetown. L'ordre libéral*

les textes anciens pour voir si le législateur avait reconnu un droit de choisir la langue d'instruction. Il se demandait aussi si le droit de choisir la langue d'instruction était une composante implicite du droit de gestion. Il constatait l'attachement légitime des francophones à leur langue, mais que cela échappait à l'emprise du droit tel qu'il est. La Cour suprême du Canada ne se contente pas de scruter le texte de la *Charte*. Le substrat, le fondement et la raison d'être des droits reconnus tient à une certaine idée du Canada : non plus un Canada membre de l'Empire britannique, mais un Canada issu de la rencontre des volontés de ses deux peuples fondateurs; un Canada structuré autour de cet état de fait; des droits qui n'ont de sens qu'en raison de ces ententes fondatrices essentielles. Le raisonnement sous-jacent semble le suivant : le Canada est officiellement bilingue; ce bilinguisme est la clef de voûte du pays; ce bilinguisme est rendu nécessaire par le lien entre langue et culture; la culture est à son tour liée à l'instruction; donc, le droit à l'instruction dans sa langue devrait s'interpréter dans un sens qui reflète ce lien, ce qui inclut le droit de gérer l'instruction. Nous soumettons que le même raisonnement aurait pu être tenu relativement à l'article 93 et aux droits à des écoles confessionnelles. La rupture la plus totale entre la pensée du Comité judiciaire et celle de la Cour suprême réside dans le fait que le premier refuse explicitement de lier langue d'instruction et gestion scolaire, tandis que la seconde considère que ce lien est essentiel. Pour le premier, la culture est évacuée en dehors du champ du droit constitutionnel, voire subsumée dans l'imposition « naturelle » de l'anglais comme langue de l'Empire, langue de la majorité, langue publique — toute autre langue étant reléguée dans la sphère privée. Pour la seconde, la langue est porteuse de transmission culturelle et fait partie de l'identité du groupe. L'école étant le lieu privilégié de la transmission culturelle, elle doit être gérée par des représentants de la minorité linguistique.

La Cour suprême, après avoir relaté les faits et les décisions inférieures, se lance, dans un premier temps, dans une étude de l'objet de l'article 23. Cette recherche de l'objet d'une disposition constitutionnelle de protection des droits des minorités est conforme à l'analyse moderne des garanties en matière de droits fondamentaux et sera avaluée dans *R c Beaulac*¹³⁵. Elle contraste avec la méthode du Comité

au Canada, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013; Claude Couture et Paulin Mulatris, *La nation et son double. Essai sur les discours postcoloniaux au Canada*, coll « Perspectives de l'Ouest », Québec, Presses de l'Université Laval, 2012.

135. *R c Beaulac*, supra note 27.

judiciaire, qui s'est contenté de formuler la question en litige comme étant la possibilité que l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* protège le droit des catholiques francophones à une instruction dans leur langue et limite d'autant les pouvoirs réglementaires du gouvernement. De plus, la détermination de l'objet général de l'article 23 contraste grandement avec l'analyse du Comité judiciaire : alors que ce dernier a réitéré que l'article 93 ne touchait que les classes de personne liées par la confessionnalité religieuse, et non par la langue, la Cour suprême élargit l'objet de l'article 23 et le situe dans une dimension plus vaste, une trame nationale absente du récit du Comité judiciaire :

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. L'article cherche à atteindre ce but en accordant aux parents appartenant à la minorité linguistique des droits à un enseignement dispensé dans leur langue partout au Canada¹³⁶.

Ce passage, maintes fois cité ensuite, est suivi par un lien entre langue et culture. Ce lien n'est pas toujours évident en droit. Dans *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick*¹³⁷, le juge Beetz privilégiait l'enjeu communicationnel lié à la langue. Il opposait le texte de l'article 19 de la *Charte canadienne*, qui garantit le droit d'utiliser sa langue devant certains tribunaux, à celui de l'article 20 de cette même charte qui accorde au public le droit de *communiquer* avec le gouvernement dans la langue officielle de son choix. Seule la seconde formulation entraînerait pour le gouvernement une obligation de veiller à ce que le public comprenne ce qu'on lui dit, donc d'utiliser la langue choisie par ce dernier. Le juge en chef préfère situer un droit linguistique dans son contexte culturel :

Mon allusion à la culture est importante, car il est de fait que toute garantie générale des droits linguistiques, surtout dans le domaine de l'éducation, est indissociable d'une préoccupation à l'égard de la culture véhiculée par la langue en question. Une langue est plus qu'un simple moyen de communication; elle fait partie intégrante de l'identité et de la culture du peuple qui la parle. C'est le moyen par lequel les individus

136. *Mahe CSC*, *supra* note 4 à la p 362.

137. *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick*, *supra* note 27.

se comprennent eux-mêmes et comprennent le milieu dans lequel ils vivent¹³⁸.

La Cour cite ensuite l'arrêt *Ford*¹³⁹ et le Livre II du Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme¹⁴⁰, qui disent la même chose. Cette « culturalisation » des droits linguistiques priverait, selon certains, les communautés acadiennes et francophones de la dimension politique et nationale de leur revendication¹⁴¹. Nous croyons, pour notre part, que l'ancrage qu'a effectué la Cour suprême avec la dimension nationale des langues officielles dans plusieurs de ses décisions¹⁴² contredit cette assertion.

La Cour enchaîne avec le volet réparateur de l'article 23 :

Un autre aspect important de l'objet de l'art 23 est son rôle de disposition réparatrice. Conçu pour régler un problème qui se posait au Canada, il visait donc à changer le *statu quo* [souligné dans l'original]¹⁴³.

La Cour analyse ensuite le droit à des « établissements d'enseignement », quand le nombre le justifie¹⁴⁴, par rapport au droit à l'instruction et adopte le critère de l'échelle variable, plutôt que des critères numériques rigides ou la méthode dite des deux droits séparés. En fait, le critère de l'échelle variable « concorde avec le texte de l'article 23 », « est compatible avec l'objet de l'art 23 » et « assure à la minorité la plénitude de la protection que justifie son nombre »¹⁴⁵. Sur ce point, la Cour affirme ce qui suit :

138. *Mahe CSC*, *supra* note 4 à la p 362.

139. *Ford c Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 712 aux pp 748–49, 69 DLR (4^e) 550, cité dans *Mahe CSC*, *supra* note 4 à la p 362.

140. Rapport de la Commission d'enquête, Livre 2, *supra* note 17, cité dans *Mahe CSC*, *supra* note 4 à la p 362.

141. Voir notamment Joseph Yvon Thériault, « L'identité et le droit du point de vue de la sociologie politique » (2003) 5:1 RCLF Numéro spécial : « 25 ans de common law en français : une histoire à suivre » 43; Christophe Traisnel, « Protéger et pacifier. La politique officielle de bilinguisme canadien face aux risques de transferts linguistiques et de contestation communautaire » (2012) 45–46 *Revue internationale d'études canadiennes* 69.

142. Voir notre recension dans Pierre Foucher, « Nations francophones et constitution canadienne » (2010–2011) 30 *Francophonies d'Amérique* 89 [Foucher, « Nations francophones »]; Pierre Foucher, « La double dualité du Canada et ses conséquences juridiques » dans Pierre Thibault, Benoît Pelletier et Louis Perret, dir, *Les défis du constitutionnalisme, mélanges Gérald A Beaudoin*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2002, 163 [Foucher, « La double dualité »].

143. *Mahe CSC*, *supra* note 4 à la p 363.

144. *Charte canadienne*, *supra* note 2, art 23(3)b).

145. *Mahe CSC*, *supra* note 4 à la p 366.

À mon avis, il est plus logique, et compatible aussi avec l'objet de l'article 23, d'interpréter celui-ci comme exigeant le degré de protection du droit à l'enseignement dans la langue de la minorité que justifie le nombre d'élèves dans un cas donné. L'article 23 prescrit simplement que les gouvernements doivent faire ce qui est pratiquement faisable dans les circonstances pour maintenir et promouvoir l'instruction dans la langue de la minorité¹⁴⁶.

Cette interprétation de la condition du nombre, contenue dans l'article 23, correspond effectivement davantage à l'objet de cette disposition et contraste avec celle qui est utilisée dans l'analyse de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le Comité judiciaire n'a pas voulu introduire de la flexibilité dans la notion de « classe de personnes en matière confessionnelle » (*denominational*). La Cour suprême préfère ne pas créer de catégories rigides entre « instruction » et « établissement d'enseignement », catégories que l'on changerait si un nombre fixe est atteint. À une interprétation textuelle, la Cour préfère une interprétation contextuelle.

Il en va de même de la question centrale du pourvoi, à savoir si l'article 23 accorde ou non aux minorités linguistiques la gestion et le contrôle de leurs établissements d'enseignement. Nous avons vu que le Comité judiciaire a carrément refusé de lier droit de gestion et langue d'instruction. Au contraire, la Cour suprême, toujours conformément à sa méthode d'interprétation, établit ce lien. Le texte même de l'article 23(3)b le laisse entendre : le droit à l'instruction elle-même est dépendant du nombre évoqué à l'article 23(3)a et inclut un droit aux établissements. La mention des établissements à l'article 23(3)b désigne donc des pouvoirs de gestion, dont l'étendue varie en fonction du nombre présent :

L'instruction doit avoir lieu quelque part et il s'ensuit que le droit à « l'instruction » comprend un droit implicite d'être instruit dans des établissements. Si l'expression « établissements d'enseignement de la minorité linguistique » n'est pas considérée comme englobant un certain degré de gestion et contrôle, son inclusion dans l'article 23 est dès lors sans objet. Cette conclusion que dicte le bon sens milite contre une interprétation selon laquelle le mot « établissements » désigne des bâtiments. En fait, dès lors que l'on accepte la méthode du

146. *Ibid* à la p 367.

critère variable, il n'est plus nécessaire de trop centrer l'attention sur le mot «établissement». Le texte de l'article 23 justifie plutôt de considérer que l'ensemble de l'expression «établissements d'enseignement de la minorité linguistique» fixe un niveau supérieur de gestion et de contrôle¹⁴⁷.

Le Comité judiciaire était à la recherche de «pouvoirs» de gestion, délégués par la loi provinciale, tandis que la Cour suprême établit un «droit» de gestion découlant implicitement d'une garantie constitutionnelle. Le «droit» revendiqué dans *Mahe* est celui d'exercer un pouvoir sur diverses questions liées à l'instruction. Ce «droit au pouvoir», si on nous passe l'expression, est implicite. Il s'applique à l'instruction et aux lieux où celle-ci est dispensée. Le Comité judiciaire n'avait pas voulu inclure des pouvoirs implicites dans le droit de gestion que la loi déléguait aux syndicats des écoles séparées; la Cour suprême l'a fait¹⁴⁸. Au soutien de cette approche, la Cour mobilise le recours à l'aspect culturel de la langue et du droit conféré :

Cette gestion et ce contrôle sont vitaux pour assurer l'épanouissement de leur [les minorités] langue et de leur culture. Ils sont nécessaires parce que plusieurs questions de gestion en matière d'enseignement (programmes d'étude, embauchage et dépenses, par exemple) peuvent avoir des incidences sur les domaines linguistique et culturel. Je tiens pour incontestable que la vigueur et la survie de la langue et de la culture de la minorité peuvent être touchées de façons subtiles, mais importantes par les décisions prises sur ces questions. Pour ne prendre qu'un seul exemple, la plupart des décisions relatives aux programmes d'études influent visiblement sur la langue et la culture des élèves de la minorité¹⁴⁹.

La Cour ajoute un élément culturel au soutien de sa position :

En outre, comme l'indique le contexte historique dans lequel l'art 23 a été adopté, les minorités linguistiques ne peuvent pas être toujours certaines que la majorité tiendra compte de toutes leurs préoccupations linguistiques et culturelles. Cette carence n'est pas nécessairement intentionnelle : on ne peut attendre de la majorité qu'elle comprenne et évalue les

147. *Ibid* aux pp 369–70.

148. *Ibid* aux pp 370–71 : pour conforter son interprétation, la Cour utilise aussi l'expression «de» la minorité, marquant l'appartenance et la possessivité.

149. *Ibid* à la p 372.

diverses façons dont les méthodes d'instruction peuvent influencer sur la langue et la culture de la minorité¹⁵⁰.

Si l'on paraphrase cet extrait en l'appliquant à la situation des catholiques francophones de l'Ontario au début du siècle, l'on dira qu'on ne peut attendre de la majorité protestante et anglophone qu'elle comprenne et évalue les diverses façons — notamment la langue d'instruction — dont les méthodes d'instruction peuvent influencer sur la langue et la culture de la minorité¹⁵¹.

Enfin, comble de la contradiction entre les deux affaires, la Cour suprême affirme qu'en l'absence de conseils francophones, ce sont les conseils séparés qui ont rempli le rôle de protection de la minorité, car ils permettaient à la minorité de partager et de transmettre sa langue et sa culture, alors que le Comité judiciaire avait explicitement nié que c'était là le rôle des conseils séparés! La Cour suprême déclare :

Historiquement, en l'absence de mesures destinées à assurer à la minorité une représentation et des pouvoirs au sein des conseils d'écoles publiques ou communes, les conseils séparés ou confessionnels ont formé les principaux bastions de l'enseignement dans la langue de la minorité. Ces conseils indépendants constituent pour la minorité des institutions qu'elle peut considérer comme les siennes avec tout ce que cela représente en termes de possibilités de travailler dans sa propre langue, de partager une culture, des intérêts et des points de vue communs, et de jouer de la plus grande mesure possible de représentation et de contrôle. Ces éléments ont une importance considérable lorsqu'il s'agit de fixer des priorités générales et de répondre aux besoins spécifiques de la minorité en matière d'éducation [nos soulignés]¹⁵².

L'article 23 s'applique autant aux conseils séparés qu'aux conseils publics. Le critère de l'échelle variable s'applique autant aux écoles séparées qu'aux écoles publiques. Les écoles séparées sont assujetties à l'article 23 tout comme les écoles publiques¹⁵³. Quand le nombre ne

150. *Ibid.*

151. Ou alors, les législateurs de la majorité savaient très bien comment l'imposition de l'anglais allait « influencer sur la langue et la culture des francophones » et désiraient exactement obtenir ce résultat.

152. *Mahe CSC, supra* note 4 à la p 373.

153. À savoir, l'embauche des membres de la direction, celle du personnel enseignant, la dépense des fonds, les programmes et les ententes avec d'autres entités pour la prestation des services. *Ibid* à la p 377.

justifie pas un plein conseil scolaire francophone, la méthode de l'échelle variable permet de revendiquer une représentation des francophones au sein du conseil scolaire séparé en proportion du nombre d'enfants, avec des pouvoirs exclusifs sur certaines matières. Les conseillers scolaires catholiques francophones exercent donc alors en même temps les pouvoirs qui découlent de l'article 93 et ceux qui découlent de l'article 23. La possibilité que le nombre conduise à l'existence de quatre conseils scolaires distincts (francophones séparés et publics; anglophones séparés et publics) s'est matérialisée, notamment en Ontario; c'est là une question dont la Cour dit qu'il sera préférable de traiter au moment où la situation se présentera, ce qui n'était pas le cas en l'espèce¹⁵⁴.

Puisque le nombre avec lequel la Cour travaille ne permet pas de créer un conseil scolaire autonome ni d'accorder les ordonnances demandées, la Cour préfère s'en tenir à des déclarations générales et reconnaît le droit à une représentation proportionnelle et garantie, ayant compétence exclusive sur les cinq questions énoncées par la Cour.

III. LA VISION DU CANADA

Les trois jugements, dans *Mackell*, utilisent l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* comme preuve que l'article 93 ne peut pas avoir protégé un droit à l'instruction dans sa langue. C'est peut-être exact, car les constitutionnalistes du XIX^e siècle plaçaient cette question au-dessus de l'enjeu strictement linguistique; mais cela n'aurait pas dû empêcher le tribunal de se demander si les pouvoirs de gestion délégués aux conseils scolaires séparés incluaient implicitement celui de choisir ladite langue d'instruction. Si un tel pouvoir existait, il n'aurait pas été retiré avant 1867; il aurait donc pu faire partie des « droits et privilèges » reconnus aux écoles confessionnelles. De plus, les juristes anglais du XIX^e siècle, fidèles à la pensée de Dicey, se méfiaient des chartes des droits et de l'inclusion de droits fondamentaux. La sacro-sainte suprématie du Parlement en common law guidait leur réflexion. Le mécanisme choisi — celui de la constitutionnalisation de droits conférés dans des lois préexistantes, selon l'expression du professeur Carignan — en témoigne: si le législateur avait cru bon de conférer des droits, ceux-ci seraient protégés et placés à l'abri d'interventions négatives. Si le droit revendiqué n'était pas reconnu par la loi, il n'était

154. *Ibid* à la p 384.

pas non plus protégé. Autrement dit, ce n'était pas aux tribunaux d'interpréter le contenu d'un droit, sinon pour le restreindre à sa dimension religieuse « relativement » à la confessionnalité des écoles. L'article 93 ne protège pas un droit *conféré* aux écoles confessionnelles; il protège un droit *à* la confessionnalité. *Mackell* marque la fin du recours aux tribunaux par les minorités catholiques francophones du Canada afin de se préserver des attaques contre leur système scolaire par divers gouvernements provinciaux.

Mahe, par ailleurs, marque l'entrée des tribunaux dans l'« âge d'or » de la dualité linguistique nationale en jurisprudence, comme principe structurant du constitutionnalisme canadien¹⁵⁵. La Cour est invitée à interpréter directement un droit conféré dans la constitution, plutôt qu'à examiner une loi antérieure. Elle doit déterminer le contenu d'un droit garanti. À l'ère des grands pactes internationaux des droits fondamentaux, cette démarche est naturelle. La culture juridique ambiante privilégie le recours aux tribunaux pour revendiquer et affirmer des droits constitutionnels. De plus, à partir de la décennie 1970, comme on le verra, le contexte constitutionnel canadien baigne dans les questions linguistiques et culturelles. Le Canada n'est plus une ancienne colonie britannique, c'est un pays défini, notamment, par sa dualité linguistique.

Cette vision du Canada, selon laquelle la dualité linguistique nationale occupe une place de choix dans l'interprétation des droits des minorités, a cependant cédé le pas plus récemment à un retour aux préceptes du fédéralisme classique¹⁵⁶, en vertu duquel chaque législateur est souverain dans ses champs de compétence, incluant celui de la langue, qui est un accessoire de la compétence principale. En matière scolaire, par exemple, la Commission scolaire francophone du Yukon cherchait à faire reconnaître, au titre de ses droits de gestion scolaire, un droit de statuer sur l'admission dans ses écoles d'enfants n'y ayant pas droit. Une interprétation qui aurait poursuivi dans la lignée de *Mahe* aurait pu conduire la Cour à accepter de reconnaître

155. Ainsi que nous l'affirmons dans « La dualité linguistique canadienne devant les tribunaux », texte à paraître dans les Actes du colloque tenu à Edmonton sur la dualité canadienne, en 2016.

156. Pour une étude de l'application de cette vision du fédéralisme au contrôle des armes à feu, voir Johanne Poirier, « Souveraineté parlementaire et armes à feu: le fédéralisme coopératif dans la ligne de mire? » (2015) 45 RDUS 47. L'argument présenté par la professeure Poirier s'applique aux décisions récentes de la Cour suprême du Canada concernant l'extension des droits linguistiques et leur interprétation en tant que composantes de l'architecture constitutionnelle du pays.

un tel pouvoir, mais, au contraire, la Cour a renvoyé la minorité à son gouvernement territorial :

Cela dit, notre Cour a récemment confirmé que, même si « elle reconnaît l'importance des droits linguistiques, la *Charte* reconnaît par ailleurs l'importance du respect des pouvoirs constitutionnels des provinces » : *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c Colombie-Britannique*, 2013 CSC 42, [2013] 2 RCS 774, para 56. Selon l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les législatures provinciales ont le pouvoir de décréter des lois relatives à l'éducation. Le fédéralisme demeure une caractéristique notable en matière de droits des minorités linguistiques. Comme l'a affirmé notre Cour dans l'arrêt *Solski*, qui confirmait une loi du Québec exigeant qu'un élève ait reçu la « majeure partie » de son enseignement en anglais pour pouvoir fréquenter une école de langue anglaise financée à même les fonds publics :

Étant donné que l'éducation est un chef de compétence provinciale, chacune des provinces a un intérêt légitime dans la prestation et la réglementation de services d'enseignement dans la langue de la minorité [...].

[...].

[...] Le gouvernement provincial appelé à légiférer en matière d'éducation doit disposer de la latitude suffisante pour assurer la protection de la langue française tout en respectant les objectifs de l'article 23. Comme l'a souligné le juge en chef Lamer dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man)*, p 851, « il peut bien être nécessaire d'adopter des méthodes d'interprétation différentes dans divers ressorts qui tiennent compte de la dynamique linguistique particulière à chaque province ». [référence omise; para 10 et 34]¹⁵⁷.

Certes, il n'est plus question, comme au temps de *Mackell*, de l'Empire britannique et de sa langue officielle. Néanmoins, la Cour suprême du Canada, dans ses décisions récentes sur les droits scolaires des minorités, ramène la souveraineté parlementaire provinciale à l'avant-scène de ses analyses. Elle n'hésite cependant pas à utiliser l'égalité réelle comme moteur d'un constat de violation des droits protégés à

157. *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c Yukon (Procureure générale)*, 2015 CSC 25 au para 68.

l'article 23¹⁵⁸. Quand le droit existe clairement, *Mahe* fournit la grille d'analyse la plus adéquate à son interprétation.

Dans sa jurisprudence récente sur l'article 93, la Cour suprême du Canada a cherché à dresser un parallèle entre ce dernier et l'article 23, soulignant que chacune de ces dispositions visait un aspect de l'éducation : la confessionnalité dans le premier cas, la langue et la culture, dans l'autre. Dans *Commission des écoles protestantes du grand Montréal c Québec (PG)*¹⁵⁹, le juge Beetz a commencé par établir la distinction, notée au début, que la tâche d'interprétation relative à l'article 93 est différente de celle qui examine tout droit de la *Charte canadienne* : « La tâche d'interprétation est foncièrement différente de celle qui incombe aux tribunaux lorsqu'ils sont appelés à déterminer la teneur des droits constitutionnels dans un document tel que la *Charte* »¹⁶⁰. Les demanderesse contestaient de nouveaux règlements gouvernementaux relatifs au programme d'études, à son approbation et à son contrôle, en alléguant que les lois préconfédératives accordaient aux syndicats des écoles dissidentes le pouvoir de les établir et que celui-ci faisait partie des protections conférées par l'article 93. La Cour limite l'étendue de la protection de l'article 93 aux « aspects confessionnels » du programme ainsi qu'aux aspects non confessionnels « nécessaires » pour rendre efficaces les aspects confessionnels, ce qui n'est pas le cas en l'espèce : « [L]es appelantes attaquent des aspects non confessionnels du programme d'études qui ne sont pas nécessaires pour rendre efficaces les garanties confessionnelles »¹⁶¹. Dans *Ontario English Catholic Teachers Association c Ontario (PG)*¹⁶², le juge Iacobucci, au nom d'une cour unanime, reprend cette méthode des aspects. Les demanderesse contestaient un régime financier en vertu duquel la province retirait aux conseils scolaires leur pouvoir d'établir des taux d'impôt foncier pour le remettre au ministre des Finances; de plus, la formule de financement de base distribuait les fonds en fonction du nombre d'élèves inscrits. Les demanderesse prétendaient que cela allait à l'encontre des droits et privilèges reconnus en 1863 aux écoles séparées de

158. *Association des parents de l'école Rose-des-vents c Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21.

159. *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c Québec (Procureur général)*, [1989] 1 RCS 377, 57 DLR (4^e) 521.

160. *Ibid* à la p 403.

161. *Ibid* à la p 417.

162. *Ontario English Catholic Teachers' Association c Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 15 au para 55.

l'Ontario et, par conséquent, de l'article 93. Citant *Mahe* aux pages 375–376, le juge Iacobucci établit le parallèle entre les deux :

Le paragraphe 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* offre des garanties de même nature que celles prévues à l'article 23 de la *Charte*, mais pour les aspects confessionnels de l'éducation au lieu des aspects linguistiques et culturels¹⁶³.

Avec respect, le parallèle n'est pas indiqué. Nous nous sommes évertués à démontrer les différences entre les deux dispositions. On peut avancer que l'article 23 vise la langue et la culture, mais non la religion ou d'autres dimensions de l'identité ou des groupes qui composent la société canadienne, mais on doit se garder d'appliquer aux deux textes les mêmes méthodes d'analyse et d'interprétation.

CONCLUSION : LE CONTEXTE DES DÉCISIONS

Notre étude a cherché à mettre en relation deux affaires iconiques relatives aux droits des minorités nationales du Canada. Au final, leur mise en contexte permet de montrer qu'elles sont le reflet du paradigme constitutionnel de leur époque. *Mackell* témoigne d'une ère où l'idéologie impériale britannique était à son apogée au Canada anglais, surtout en pleine Première Guerre mondiale¹⁶⁴. Les jugements inférieurs sont rendus en 1914, le jugement final, à la fin de 1916. *Mahe* s'inscrit dans une époque où la dualité linguistique nationale est à l'avant-scène des débats constitutionnels¹⁶⁵ : le premier jugement est rendu en 1985, alors que le gouvernement québécois présente des propositions constitutionnelles¹⁶⁶ et que l'année suivante, en mai 1986, le discours du Mont-Gabriel énonce les cinq conditions du Québec pour réintégrer la Constitution « dans l'honneur et l'enthousiasme », et y ajoute, d'ailleurs, l'intention de bonifier les droits des minorités linguistiques officielles¹⁶⁷. La Cour d'appel de l'Alberta rend sa décision

163. *Ibid* au para 55.

164. Voir Couture et Mulatris, *supra* note 134.

165. Nous explorons le processus de saisie de la dualité linguistique par le droit dans Foucher, « Utopie réalisée? », *supra* note 129.

166. « Projet d'accord constitutionnel — mai 1985, Propositions du gouvernement du Québec » dans Secrétariat du Québec aux affaires intergouvernementales canadiennes, *Positions du Québec dans les domaines constitutionnel et intergouvernemental, de 1936 à mars 2001*, Québec, Publications du gouvernement du Québec, document 20.

167. « Discours de l'honorable Gil Rémillard, ministre des Relations intergouvernementales du Québec » dans Peter Leslie, dir, *Une collaboration renouvelée : le Québec et ses partenaires dans la*

le 26 août 1987, soit quelques mois après le dévoilement de l'Accord du lac Meech (ci-après « Accord ») de mai 1987 et la résolution québécoise de modification constitutionnelle pour lui donner effet, le 23 juin 1987. On se rappellera que l'article 2 de cet Accord proposait d'ajouter une clause d'interprétation constitutionnelle reconnaissant la présence de francophones concentrés au Québec, mais présents hors Québec, ainsi que d'anglophones concentrés hors Québec, mais présents au Québec, et le rôle de chaque assemblée législative et du Parlement de protéger cette caractéristique fondamentale du Canada. Dans la foulée, l'Accord reconnaissait aussi le Québec comme « société distincte » et le rôle de l'Assemblée nationale et du gouvernement québécois en matière de protection et de promotion de cette caractéristique. Le Canada anglais s'est opposé à la clause de société distincte, tandis que les minorités francophones hors Québec demandaient que le gouvernement fédéral ait l'obligation de promouvoir la dualité linguistique et auraient préféré que l'Accord reconnaisse un Canada francophone et anglophone, comme c'était le cas dans l'entente politique de mai 1987, plutôt que des Canadiens d'expression française et des Canadiens d'expression anglaise, comme dans le texte juridique de juin 1987¹⁶⁸.

Quant à la Cour suprême du Canada, sa décision tombe le 15 mars 1990; le 3 juin 1990 intervient l'entente parallèle pour tenter de sauver l'Accord, qui échoue le 23 juin suivant, n'ayant pu recueillir le consentement de chaque assemblée législative provinciale dans un délai de trois ans, ainsi que l'exigeait la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁶⁹. La période pendant laquelle la décision de la Cour suprême

Confédération, Rapport d'un colloque tenu au Mont-Gabriel, du 9 au 11 mai 1986, Kingston, Institut des relations intergouvernementales, Queen's University, 1987, 47.

168. Parmi les nombreux textes ayant exploré ce débat, mentionnons : Pierre Foucher, « Faut-il signer l'Accord du lac Meech? » (1988) 22 *Égalité RCDP* 15; Michel Bastarache, « L'impact de l'entente du lac Meech sur les minorités linguistiques provinciales » (1989) 38 *RD UN-B* 217; Yvon Fontaine, « La politique linguistique au Canada : l'impasse? » dans Ronald L. Watts et Douglas M. Brown, dir., *Canada: The State of the Federation 1989*, Kingston, Université Queen's et Institut des relations intergouvernementales, 1989, 137; José Woehrling, « Convergences et divergences entre les politiques linguistiques du Québec, des autorités fédérales et des provinces anglophones : le nœud gordien des relations entre les Québécois francophones, la minorité anglo-québécoise et les minorités francophones du Canada » dans Conseil de la langue française du Québec, *Pour un renforcement de la solidarité entre francophones au Canada : réflexions théoriques et analyses historique, juridique et sociopolitique*, Québec, Conseil de la langue française, 1995, 209.

169. Nous explorons le lien entre la décision et l'entente dans Pierre Foucher, « Les gardiens de la paix : la Cour suprême du Canada et la politisation du contentieux des droits linguistiques » dans Ghislain Otis et Mary-Jane Mossman, dir., *La montée en puissance des juges. Sa manifestation, sa contestation*, Montréal, Institut canadien d'administration de la justice, Thémis, 2000, 127.

est rendue représentative donc un moment charnière dans le débat continu sur l'identité nationale du Canada : la dimension des droits linguistiques et scolaires représente la manifestation de la difficile conjonction, d'une part, des intérêts nationaux du Québec, désirant protéger son caractère francophone et, donc, disposer de la plus large autonomie possible dans ses champs de compétence, et, d'autre part, des intérêts des minorités francophones qui se perçoivent comme des minorités nationales et réclament, à ce titre, une extension de leurs droits afin de se ménager des espaces d'autonomie institutionnelle où elles pourront vivre et exprimer leur culture¹⁷⁰. La jurisprudence n'est pas insensible à ce débat, qu'elle ne structure cependant pas dans les mêmes termes. En effet, derrière l'existence et l'interprétation des droits des minorités nationales se profilent des visions du Canada comme unité politique, juridique et constitutionnelle où différents récits nationaux cherchent à orienter cette interprétation.

En ce sens, les affaires *Mackell* et *Mahe* sont révélatrices d'un changement profond de paradigme quant à cette conception. Les décisions ayant suivi *Mahe* et, surtout, depuis la décennie 2010, maintiennent le paradigme des droits des minorités, mais font prévaloir les impératifs du fédéralisme : les minorités francophones ne sont plus des minorités nationales, mais bien des minorités provinciales et l'inclusion formelle de leurs droits dans les lois ou dans la *Charte canadienne* passe par un acquiescement de leurs gouvernements provinciaux. *Mackell* portait sur un droit qui dépendait de l'intervention législative des législatures coloniales, donc qui pouvait varier d'une province à l'autre. *Mahe* touche au seul droit qui s'applique partout au Canada (quoique avec des nuances au Québec) : celui qui porte sur l'instruction. Celui-ci a été caractérisé comme « la clef de voûte » de l'engagement du pays envers le bilinguisme. Il ne faudrait pas l'oublier.

170. Nous explorons cette notion d'un possible « droit à l'autonomie » pour les minorités francophones dans Pierre Foucher, « Autonomie des communautés francophones minoritaires du Canada : le point de vue du droit » (2012) 1 *Minorités linguistiques et société* 90. Nous explorons le lien entre les droits linguistiques des minorités francophones et la recherche d'une identité nationale dans Foucher, « Nations francophones », *supra* note 142, et dans Foucher, « La double dualité », *supra* note 142.

ANNEXE - ARTICLE 23 DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

DROITS À L'INSTRUCTION DANS LA LANGUE DE LA MINORITÉ

Note marginale: Langue d'instruction

- **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.

- Note marginale: Continuité d'emploi de la langue d'instruction
(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.
- Note marginale: Justification par le nombre
(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.

MINORITY LANGUAGE EDUCATIONAL RIGHTS

Marginal note: Language of instruction

- **23.** (1) Citizens of Canada
 - (a) whose first language learned and still understood is that of the English or French linguistic minority population of the province in which they reside, or
 - (b) who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where the language in which they received that instruction is the language of the English or French linguistic minority population of the province,

have the right to have their children receive primary and secondary school instruction in that language in that province.

- Marginal note: Continuity of language instruction

(2) Citizens of Canada of whom any child has received or is receiving primary or secondary school instruction in English or French in Canada, have the right to have all their children receive primary and secondary school instruction in the same language.
- Marginal note: Application where numbers warrant

(3) The right of citizens of Canada under subsections (1) and (2) to have their children receive primary and secondary school instruction in the language of the English or French linguistic minority population of a province

 - (a) applies wherever in the province the number of children of citizens who have such a right is sufficient to warrant the provision to them out of public funds of minority language instruction; and
 - (b) includes, where the number of those children so warrants, the right to have them receive that instruction in minority language educational facilities provided out of public funds.