

« LA JURISPRUDENCE DE L'ARTICLE 23 ET LA PETITE ENFANCE »

Conférence présentée dans le cadre du congrès national de la Commission nationale des  
parents francophones

***LA PETITE ENFANCE FRANCOPHONE EN MILIEU MINORITAIRE... FAUT VOIR GRAND!***

Winnipeg, le 29 octobre 2004.

par Me Michel Doucet,

Le fil conducteur de la jurisprudence relative à l'article 23 est la prise en charge par les communautés de langue officielle minoritaires de la gestion de leur système scolaires et de l'indentification de leurs besoins afin d'assurer à leurs élèves un enseignement de qualité égale dans leur langue à celui dont bénéficie la majorité et afin de favoriser le développement et l'épanouissement de ces communautés.

La *Charte canadienne des droits et libertés* est entrée en vigueur en 1982. Elle a, entre autres, constitutionnalisé le statut officiel du français et de l'anglais au Canada ainsi que le principe de l'égalité de ces deux langues officielles. La *Charte* contient un ensemble de dispositions, les articles 16 à 23, qui visent essentiellement l'atteinte de l'égalité des deux langues officielles. Parmi celles-ci, l'article 23 est qualifié par la Cour suprême de « clef de voûte de l'engagement du Canada envers le bilinguisme et le biculturalisme »<sup>1</sup> ce qui confirme l'importance dont il est investi dans la recherche de l'égalité linguistique au pays.

Cet article a donné lieu à de nombreuses contestations judiciaires un peu partout au pays. Depuis son adoption, la Cour suprême du Canada a été appelée à se prononcer sur l'article 23 à cinq reprises.<sup>2</sup> À chacune de ces occasions, le plus haut tribunal du pays

---

<sup>1</sup> *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, à la page 342.

<sup>2</sup> *P.G. (Québec) c. Quebec Protestant School Board*, [1984] 2 R.C.S. 67; *Mahé c. Alberta*, précité, *Renvoi relative à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, [1993] 1 R.C.S.

a confirmé les droits de la minorité francophone.

Avant de poursuivre plus loin avec l'analyse de l'article 23, il est important que nous nous arrêtions aux principes d'interprétation applicables aux droits linguistiques de façon générale.

Dans l'arrêt *Doucet-Boudreau*, la Cour confirme qu'il faut donner à la *Charte* une interprétation large et libérale et non étroite ou formaliste :

La nécessité de l'interprétation libérale découle du principe de l'interprétation téléologique de la *Charte*. Bien qu'ils doivent prendre soin de ne pas outrepasser les objets véritables des garanties qu'elle accorde, les tribunaux n'en doivent pas moins éviter de donner à la *Charte* une interprétation étroite et formaliste susceptible de contrecarrer l'objectif qui est d'assurer aux titulaires de droit l'entier bénéfice et la pleine protection de la *Charte*.<sup>3</sup>

Avec ces principes en tête, il nous faut également rappeler les propos de la Cour suprême dans l'arrêt *Beaulac* où elle confirme « l'importance des droits linguistiques comme soutien des collectivités et de leur culture » et précise « la nécessité d'interpréter les droits linguistiques comme un outil essentiel au maintien et à la protection des collectivités de langues officielles là où ils s'appliquent. »<sup>4</sup> Elle précise également que les droits linguistiques « doivent dans tous les cas être interprétés en fonction de leur objet, de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada. »<sup>5</sup>

---

839, *Arsenault- Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S.3; *Doucet-Boudreau c. Attorney General of Nova Scotia*, [2003] 3 R.C.S. 3.

<sup>3</sup>*Doucet-Boudreau.*, précité, au par. 25

<sup>4</sup> *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, aux par. 17 et 25.

<sup>5</sup> *Ibid.*, au par. 25; *Arsenault-Cameron*, précité au par. 27.

L'article 23, pour sa part, confère aux parents de la minorité linguistique d'une province le droit pour leurs enfants à l'enseignement dans leur langue. Dans l'arrêt *Mahé*, la Cour indique que l'article 23 renferme « une notion d'égalité entre les groupes linguistiques des deux langues officielles du Canada. »<sup>6</sup> Elle ajoutera que cet article « 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. »<sup>7</sup>

L'allusion à la culture est importante, car il est de fait que toute garantie générale de 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.<sup>8</sup> Dans la décision *Arsenault-Cameron c. L'Île-du-Prince-Édouard*, les juges Bastarache et Major, au nom d'une cour unanime, ajouteront: « Il faut clairement tenir compte de l'importance de la langue et de la culture dans le domaine de l'enseignement ainsi que de l'importance des écoles de la minorité linguistique officielle pour le développement de la communauté de langue officielle lorsque l'on examine les mesures prises par le gouvernement... »<sup>9</sup>

En conséquence, en analysant l'article 23, il faut avoir à l'esprit le lien étroit qui existe entre la langue, la culture et l'enseignement. C'est ce lien qui nous permettra de déterminer l'étendue des droits à l'instruction prévus à l'article 23 car les écoles de la minorité, en plus d'être des centres d'enseignement, « servent [...] de centres

---

<sup>6</sup> *Mahé*, précité à la page 369.

<sup>7</sup> *Mahé*, précité à la page 362; *Renvoi manitobain de 1993*, précité à la page 849.

<sup>8</sup> *Mahé*, précité à la page 362; *Ford c. P.G. (Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 712, aux pages 748-749.

<sup>9</sup> *Arsenault-Cameron*, précité, au par. 27.

communautaires qui peuvent favoriser l'épanouissement de la culture de la minorité linguistique et assurer sa préservation. Ce sont des lieux de rencontre dont les membres de la minorité ont besoin, des locaux où ils peuvent donner expression à leur culture.»<sup>10</sup>

La Cour ajoute «que l'école est l'institution la plus importante pour la survie de la minorité linguistique officielle, qui est elle-même un véritable bénéficiaire en vertu de l'art. 23.»<sup>11</sup> En ce faisant, la Cour suprême reconnaît le caractère collectif de l'article 23. En effet, si cet article reconnaît des droits individuels, dans la mesure où chaque parent répondant aux critères peut se prévaloir des droits qu'il accorde; il porte aussi une dimension collective puisqu'en fin de compte, c'est la communauté minoritaire qui de façon ultime est la vraie bénéficiaire des droits conférés par l'article. En conséquence, il serait dangereux de mettre uniquement l'accent sur le droit individuel à l'instruction au détriment des droits linguistiques et culturels de la communauté minoritaire.

Dans l'arrêt *Doucet-Boudreau*, la Cour confirme à nouveau le caractère collectif de l'article 23, lequel donne à l'exercice des droits individuels une dimension collective particulière puisque c'est la communauté minoritaire qui en est l'ultime bénéficiaire.<sup>12</sup>

La Cour fait aussi allusion au caractère réparateur de l'article 23, en ce sens qu'il vise à remédier aux déficiences des systèmes d'éducation en vigueur dans les provinces canadiennes qui ont pour effet de nuire à l'épanouissement et à la préservation de la langue et de la culture de la minorité officielle. Dans l'arrêt, *Mahé*, la Cour suprême s'exprime ainsi relativement à ce caractère réparateur :

Cet ensemble de dispositions, le législateur constituant ne l'a pas édicté dans l'abstrait. Quand il l'a adopté, il connaissait et il avait évidemment à l'esprit le régime juridique réservé aux minorités

---

<sup>10</sup> *Mahé*, précité, à la page 363.

<sup>11</sup> *Arsenault-Cameron*, précité, à la page 27 ; *Doucet-Boudreau*, au par. 28.

<sup>12</sup> *Doucet-Boudreau*, précité, par. 28

linguistiques anglophone et francophone relativement à la langue de l'enseignement par les diverses provinces au Canada [...] À tort ou à raison [...] 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'art. 23 de la *Charte*, auxquelles il conférait en même temps le caractère d'une garantie constitutionnelle.<sup>13</sup>

De même, dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*, la Cour déclare : «Une interprétation fondée sur l'objet des droits prévus à l'art. 23 repose sur le véritable objectif de cet article qui est de remédier à des injustices passées et d'assurer à la minorité linguistique officielle un accès égal à un enseignement de grande qualité dans sa propre langue, dans des circonstances qui favoriseront le développement de la communauté.»<sup>14</sup> (C'est moi qui souligne.)

Selon la majorité de la Cour dans l'arrêt *Doucet-Boudreau*, les droits garantis par l'article 23 présentent également une autre caractéristique :

[E]n raison de l'exigence du « nombre justificatif », ils sont particulièrement vulnérables à l'inaction ou aux attermolements des gouvernements. Le risque d'assimilation et, par conséquent, le risque que le nombre cesse de « justifier » la prestation des services augmentent avec les années scolaires qui s'écoulent sans que les gouvernements exécutent les obligations que leur impose l'art. 23. Ainsi, l'érosion culturelle que l'art. 23 visait justement à enrayer peut provoquer la suspension des services fournis en application de cette disposition tant que le nombre cessera de justifier la prestation

---

<sup>13</sup> *Mahé*, précité, à la page 363.

<sup>14</sup> *Arsenault-Cameron*, précité, au par. 25.

de ces services. De telles suspensions peuvent fort bien devenir permanentes en pratique, mais non du point de vue juridique. Si les attermolements sont tolérés, l'omission des gouvernements d'appliquer avec vigilance les droits garantis par l'art. 23 leur permettra éventuellement de se soustraire aux obligations que leur impose cet article. La promesse concrète contenue à l'article 23 de la *Charte* et la nécessité cruciale qu'elle soit tenue à temps obligent parfois les tribunaux à ordonner des mesures réparatrices concrètes destinées à garantir aux droits linguistiques une protection réelle et donc nécessairement diligente.<sup>15</sup>

La Cour déclare de plus que le fait que les droits linguistiques découlent d'un compromis politique n'a aucune incidence sur leur nature ou leur importance. L'article 23 doit donc recevoir la même interprétation large et libérale que les autres droits garantis par la *Charte*.<sup>16</sup>

La Cour suprême a donc adopté une approche qui voit dans l'article 23 une disposition réparatrice dont le but ultime est de remédier à l'érosion progressive des minorités de langue officielle au Canada et également une disposition qui offre une réparation qui permet de répondre aux attermolements des gouvernements dans sa mise en œuvre. L'article 23 énonce un nouveau genre de garantie juridique, très différente de celles dont les tribunaux ont traditionnellement traité. Tant son origine que la forme qu'il revêt témoignent du caractère inhabituel de l'art. 23. Il confère à un groupe un droit qui impose au gouvernement des obligations positives de changer ou de créer d'importantes structures institutionnelles.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> *Doucet-Boudreau*, précité, par. 29.

<sup>16</sup> *Doucet-Boudreau*, précité, au par. 27. Voir également *R. c. Beaulac*, précité, au par. 25 ; et, *Arsenault-Cameron*, précité, au par. 27.

<sup>17</sup> *Mahé*, précité, à la page 365.

Le point de vue de la Cour suprême à l'égard de l'objet de l'article 23 fournit un indice révélateur du cadre général de son interprétation. Le fait qu'il ait un caractère réparateur permet également aux tribunaux d'adopter une approche créatrice quant à son rôle ; une approche qui aura pour objet le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle.

Puisqu'il vise un objectif particulier, à savoir l'épanouissement des minorités de langue officielle, l'article 23 définit les catégories de personnes auxquelles il confère des droits. Ainsi, le droit de faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province appartient aux citoyens canadiens (critère général) :

1. dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident (alinéa 23 (1)a));
2. aux parents 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 (alinéa 23(1)b)); et,
3. dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada (par. 23 (2)).

Nous constatons que la *Charte* n'exige pas que les enfants, pour avoir droit de recevoir leur instruction en français, soient eux-mêmes francophones. En faisant ce choix, le constituant n'a pas tenu compte du fait qu'il y a souvent absence d'homogénéité linguistique chez les ayants droit et que ceci force les institutions à répondre tant aux besoins des enfants parlant déjà la langue de la minorité qu'à ceux qui, en raison de l'assimilation, parlent la langue de la majorité. Cette réalité pose un défi énorme aux écoles de la minorité tant sur le plan des ressources, humaines et financières, que sur le

plan de la qualité de l'éducation. Une intervention au niveau de la petite enfance servirait à amoindrir ces obstacles.

Le droit général des parents appartenant à la minorité linguistique de faire instruire leurs enfants dans leur langue officielle existe dans une province lorsque 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 (23(3)a)). Ce droit comprend également, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, celui de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics (23(3)b)).

Dans l'arrêt *Mahé*, la Cour suprême a considéré que le droit à l'instruction dans la langue de la minorité et le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité étaient les deux pôles d'un éventail de services d'enseignement qui pouvaient être offerts aux élèves de la minorité.<sup>18</sup> En adoptant un critère variable la Cour rejette l'idée que ces deux alinéas créent deux droits distincts ne pouvant être invoqués qu'en présence du seuil numérique d'élèves requis. Le critère variable est plus logique et compatible avec l'objet de l'article 23.<sup>19</sup>

Ainsi, le niveau de services qui sera offert en vertu de l'article 23 dépendra du nombre d'élèves. Il est donc important que le mode de calcul du nombre d'élèves soit établi. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, le juge en chef Lamer, de la Cour suprême, a défini ce chiffre de la manière suivante : « le nombre de personnes qui se prévaudront finalement du programme ou de l'établissement envisagés »<sup>20</sup>, nombre qui comprend également les enfants d'âge préscolaire. Dans l'arrêt *Mahé*, la Cour suprême renchérit : « le chiffre pertinent aux fins de l'art. 23 est le nombre de personnes qui se prévaudront en définitive du programme ou de l'établissement

---

<sup>18</sup> *Mahé*, précité, à la page 366.

<sup>19</sup> *Ibid.*, aux pages 366 et 367.

<sup>20</sup> Renvoi manitobain de 1993, précité, à la page 850.

envisagés ». <sup>21</sup> Ce chiffre, qui ne peut être connu à l'avance, sera estimé d'après la demande connue (le nombre d'inscriptions) et le nombre de personnes susceptibles de se prévaloir du programme (les parents ayants droit).

Dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*, la Cour a cherché à préciser un peu plus le mode de calcul du « nombre » en vertu de l'article 23. La Cour a tenu à souligner que le « critère variable » adopté dans l'arrêt *Mahé* signifie que la norme numérique devra être précisée par l'examen des faits propres à chaque situation qui est soumise aux tribunaux. Elle ajoute que « le nombre pertinent est le nombre de personnes qui se prévaudront éventuellement du service, c'est-à-dire un nombre se situant approximativement entre la demande connue et le nombre total de personnes qui pourraient éventuellement se prévaloir du service. » <sup>22</sup> (C'est moi qui souligne.) Le principe de la « demande éventuelle » retenue par la Cour est différent du principe de la « demande réelle », qui lui ne s'intéresse qu'au nombre d'inscription actuelle. Pour déterminer la « demande éventuelle », on ne s'arrêtera pas uniquement aux inscriptions actuelles mais on devra également examiner les données démographiques pour en dégager des projections qui permettront d'établir le nombre pertinent d'enfants qui pourraient éventuellement se prévaloir de l'enseignement en français.

L'alinéa 23(3)a) dit « partout dans la province », ce qui signifie que les calculs pertinents ne se limitent pas aux subdivisions scolaires existantes. D'ailleurs lorsqu'une commission linguistique minoritaire a été établie, la définition de la région est assujettie aux pouvoirs exclusifs de gestion et de contrôle de la minorité sur l'enseignement et les établissements de la minorité linguistique, sous réserve des normes et directives provinciales objectives compatibles avec l'article 23. Sans cela, le caractère réparateur et protecteur de l'article 23 serait grandement affaibli. La Cour suprême considère que l'on ne devrait pas s'attendre à ce que les représentants de la majorité comprennent totalement

---

<sup>21</sup> *Mahé*, précité, à la page 384.

<sup>22</sup> *Arsenault-Cameron*, précité, au par. 32.

les ramifications et les conséquences des choix faits par la minorité à cet égard.<sup>23</sup>

Dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*, la Cour renchérit :

L'alinéa 23(3)a porte que le droit à l'instruction dans la langue de la minorité s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants est suffisant pour justifier la prestation de cette instruction. Les mots partout dans la province lient le droit à l'instruction à l'endroit géographique où existent les conditions permettant l'exercice de ce droit. Comme on l'a fait remarquer dans *Reference re: School Act*...lorsqu'ils sont interprétés en corrélation avec la justification par le nombre, les termes partout dans la province [TRADUCTION] délimiteront une région dans la province où l'enseignement dans la langue de la minorité devra être dispensé.<sup>24</sup>

Parmi les exigences institutionnelles qui découlent de l'article 23, il faut tenir compte du rôle important que les ayants droit ou leurs représentants jouent dans la gestion et le contrôle des services d'enseignement dans la langue de la minorité.<sup>25</sup> En examinant cette question, la Cour suprême dans l'arrêt *Mahé* s'est reportée à la fois au libellé de l'article 23 et à son objet sous-jacent. La Cour suprême a tenu à préciser que la gestion et le contrôle par les ayants droit ou leurs représentants étaient nécessaires parce que plusieurs questions de gestion en matière d'enseignement peuvent avoir des incidences sur la langue et la culture. À ce sujet, le juge Dickson affirme :

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

---

<sup>23</sup> *Ibid.*, au paragraphe 53.

<sup>24</sup> *Arsenault-Cameron*, précité, au par. 53.

<sup>25</sup> *Mahé*, précité, à la page 379.

mais importantes par les décisions prises sur ces questions. Pour ne donner qu'un exemple, la plupart des décisions relatives aux programmes d'études influent visiblement sur la langue et la culture des élèves de la minorité.

En outre, comme l'indique le contexte historique dans lequel l'article 23 a été adopté, les minorités linguistiques ne peuvent pas être toujours certaines que la majorité tiendra compte de toutes leurs préoccupations linguistiques et culturelles. Cette carence n'est pas nécessairement intentionnelle : on ne peut attendre de la majorité qu'elle comprenne et évalue les diverses façons dont les méthodes d'instruction peuvent influencer sur la langue et la culture de la minorité.<sup>26</sup>

Dans *Arsenault-Cameron*, la Cour suprême ajoutera que l'article 23 est destiné en partie à protéger la minorité contre l'effet des mesures adoptées pour répondre aux besoins de la majorité. Elle reconnaît ainsi que les parents de la minorité linguistique et leurs représentants sont les mieux placés pour identifier les besoins de cette communauté.

En conséquence, un système d'instruction dans la langue de la minorité, pour répondre aux besoins des communautés minoritaires, impose aux provinces certains paramètres auxquels elles ne peuvent déroger si elles veulent satisfaire à leurs obligations constitutionnelles.

Mais qu'entend-on par le droit « de gestion et de contrôle » ? L'alinéa 23(3)b) reconnaît le droit à l'instruction dans la langue de la minorité dans « des établissements d'enseignement de la minorité linguistique ». La Cour suprême estime que ce droit englobe nécessairement un droit de gestion et de contrôle. En effet, selon la Cour, si l'expression « établissements d'enseignement de la minorité linguistique » n'est pas

---

<sup>26</sup> *Ibid.*, à la page 372.

considérée comme englobant un certain degré de gestion et de contrôle, son inclusion dans l'article 23 est 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 critère variable, il n'est plus nécessaire de trop centrer l'attention sur le mot « établissements ». 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 contrôle.<sup>27</sup>

Cette analyse est fortement appuyée par un examen de l'objet global de l'article 23. L'objet de cet article est, comme nous l'avons vu, de préserver et promouvoir la langue et la culture de la minorité partout au Canada. Il est donc indispensable que, dans chaque cas où le nombre le justifie, les parents appartenant à la minorité linguistique aient la gestion et le contrôle des établissements d'enseignement où leurs enfants se font instruire. Cette gestion et ce contrôle sont vitaux pour assurer l'épanouissement de la langue et de la culture de la minorité. Ils sont nécessaires parce que plusieurs questions de gestion en matière d'enseignement (programmes d'études, embauchage et dépenses) peuvent avoir des incidences sur les domaines linguistique et culturel. Il est 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.<sup>28</sup>

Ainsi, pour respecter l'objet et le caractère réparateur de l'article 23, « [i]l est extrêmement important que les parents de la minorité linguistique ou leurs représentants participent à la détermination des besoins en matière d'instruction et à l'établissement de structures et de services qui répondent le mieux possible à ces besoins. »<sup>29</sup>

Le degré de gestion et de contrôle sera déterminé par le niveau de services

---

<sup>27</sup> *Mahé*, précité, à la page 370.

<sup>28</sup> *Ibid.*, aux pages 371 à 372 ; voir également *Arsenault-Cameron*, précité, aux paragraphes 45 et 46

<sup>29</sup> *Renvoi manitobain de 1993*, précité, à la page 862.

d'enseignement justifié par le nombre d'élèves touchés<sup>30</sup> et par la situation particulière de chaque province ou territoire.<sup>31</sup> Toutefois, lorsqu'une commission de la minorité linguistique a été établie en vue de satisfaire à l'art. 23, il lui revient, parce qu'elle représente la communauté de la minorité linguistique officielle, de décider ce qui est le plus approprié d'un point de vue culturel et linguistique. À ce niveau, le rôle du ministre de l'Éducation est de mettre en place des structures institutionnelles et des politiques et règlements qui répondent à la dynamique linguistique particulière à la province.<sup>32</sup>

Ce contrôle sur l'instruction dans la langue de la minorité et sur les établissements où elle est dispensée comprend également certains pouvoirs exclusifs qui sont énumérés dans l'arrêt *Mahé*. Le degré précis de gestion et de contrôle requis ne peut être décrit exactement. Il n'est pas possible d'en donner les détails exhaustifs en raison de l'échelle variable des droits et du besoin d'adapter les modalités à la situation particulière de chaque province. Toutefois, la minorité linguistique devrait, au minimum, avoir le pouvoir exclusif de prendre des décisions concernant l'instruction dans sa langue et les établissements où celle-ci est dispensée. Selon la Cour suprême, elle devrait notamment avoir le pouvoir exclusif de prendre les décisions qui la concernent dans les domaines suivants :

- a) les dépenses de fonds prévus pour l'instruction et les établissements de la minorité;
- b) la nomination et la direction des personnes chargées de l'administration de cette instruction et de ces établissements;
- c) l'établissement de programmes scolaires;
- d) le recrutement et l'affectation du personnel, notamment des professeurs; et
- e) la conclusion d'accords pour l'enseignement et les services dispensés aux élèves de la minorité linguistique.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Renvoi manitobain de 1993, précité, à la page 858.

<sup>31</sup> *Arsenault-Cameron*, précité, au par. 46.

<sup>32</sup> *Ibid.*, précité, au par. 43.

<sup>33</sup> *Mahé*, précité, à la page 377.

Tout ces pouvoirs ont été jugés comme ayant un impact sur la langue et la culture de la minorité, mais selon certains « compte tenu de l'importance d'un curriculum pédago-communautaire ... aucun ne va plus au cœur de l'identité des communautés francophones et acadiennes que celui de l'établissement de programmes scolaires. »<sup>34</sup>

Selon les décisions de la Cour suprême, l'« établissement de programmes » doit relever exclusivement des représentants de la minorité linguistique c'est-à-dire les différents conseils scolaires francophones minoritaires.

...les communautés francophones et acadiennes doivent non seulement gérer leurs établissements d'enseignement, mais également prendre en main leur mission éducative et un curriculum pédago-communautaire qui permettra, entre autres, de développer une pédagogie du milieu minoritaire par laquelle les jeunes actualiseront leur plein potentiel d'apprentissage, assumeront leur identité et apprendront à devenir des citoyens du monde et à participer pleinement à l'épanouissement de leur communauté.<sup>35</sup>

Une gestion exclusive de la programmation scolaire est primordiale car elle permettra au conseil scolaire « de profiter de cet outil fondamental pour l'épanouissement et pour l'identité de la communauté qui le développe selon ses besoins. »<sup>36</sup> Selon la Cour suprême une telle compétence exclusive est nécessaire car plusieurs questions en matière d'enseignement, dont celle des programmes d'études « peuvent avoir des incidences sur les domaines linguistique et culturelle. »<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> R. Landry et S. Rousselle, *Éducation et droits collectifs : Au-delà de l'article 23 de la Charte*, Les Éditions de la Francophonie, 2003, aux pages 147-148.

<sup>35</sup> Landry et Rousselle, précité à la page 148.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Mahé, précité, à la page 372.

Dans cette même ordre d’idée, dans l’arrêt *Arsenault-Cameron*, la Cour ne dit-elle pas :

[l]’utilisation de normes objectives pour évaluer les besoins des enfants de la minorité linguistique principalement par référence aux besoins pédagogiques des enfants de la majorité linguistique, ne tient pas compte des exigences particulières des titulaires des droits garantis par l’art. 23. [...] Ce qui semblait logique pour la communauté linguistique minoritaire et sa commission ne l’était pas pour le ministre parce que les besoins n’étaient pas compris de la même manière. Le fait qu’il n’était pas nécessaire de répondre aux exigences pédagogiques de la minorité de la même manière qu’à ceux de la majorité ne semble pas avoir été un facteur dans la décision du ministre.<sup>38</sup>

Ce qui fera dire :

Autrement dit, selon les faits propres à cette cause, le ministre ne pouvait décider, à sa guise, de refuser la décision de la commission scolaire francophone de construire une école à Summerside et y substituer le transport scolaire dans une communauté située à une trentaine de kilomètres. Ce faisant, il fournissait « un exemple parfait de l’insouciance que peuvent avoir les membres de la majorité relativement aux besoins de la minorité linguistique. Lorsque le ministre a appliqué une norme provinciale à la question du transport, il n’a pas compris que pour les membres de la minorité, le choix était entre le voyage quotidien et l’assimilation dans une école locale

---

<sup>38</sup> *Arsenault-Cameron*, précité, aux par. 31 et 49.

anglophone. »<sup>39</sup>

Dans l'arrêt *Mahé*, la Cour précisait que « les écoles sont indispensables à l'épanouissement des deux langues et des deux cultures officielles [...] il s'agit de dispenser aux membres de la minorité un enseignement qui convienne particulièrement à leur identité linguistique et culturelle... »<sup>40</sup> Dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*, la Cour Ajoutera que l'intérêt légitime d'une province dans le contenu et les normes qualitatives des programmes d'enseignement ne doit s'exercer que « dans la mesure où [ce contenu et ces normes qualitatives de programmes d'enseignement] n'affectent pas de façon négative les préoccupations linguistiques et culturelles légitimes de la minorité. »<sup>41</sup>

Conséquemment, puisque les droits conférés par l'article 23 doivent être interprétés de façon réparatrice de manière à favoriser l'épanouissement et la préservation de la minorité linguistique francophone, il existe une obligation juridique d'établir une programmation scolaire qui relève du contrôle exclusif des ayants droit ou de leur représentants, les conseils scolaires.

Toutefois, il est important de rappeler que tout en reconnaissant un droit étendu de gestion et de contrôle aux bénéficiaires de l'article 23, la Cour suprême a aussi précisé que les gouvernements provinciaux conservaient un rôle important dans la définition et l'élaboration des programmes scolaires. Pour autant qu'ils ne soient pas incompatibles avec les préoccupations linguistiques et culturelles de la minorité, ces programmes définis et élaborés par le ministre peuvent être imposés sans violation de l'article 23.<sup>42</sup>

Dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*, la Cour suprême concède que la province a un

---

<sup>39</sup> M. Cousineau, « Survol des droits linguistiques : enfin de vrais droits linguistiques au Canada » (2000-2001), 32 *Rev. dr. Ottawa* 117, à la page 134.

<sup>40</sup> *Mahé*, précité, à la page 362.

<sup>41</sup> *Arsenault-Cameron*, précité, au par. 53.

<sup>42</sup> *Mahé*, précité, à la page 380.

intérêt légitime dans le contenu et les normes qualitatives des programmes d'enseignement pour les communautés de langues officielles. La province peut par conséquent imposer des programmes dans la mesure où ceux-ci n'affectent pas de façon négative les préoccupations linguistiques et culturelles légitimes de la minorité.

Mais quel est le rôle du ministre dans un régime de l'article 23? Dans les mots du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Mahé*: «le gouvernement devrait disposer du pouvoir discrétionnaire le plus vaste possible dans le choix des moyens institutionnels dont il usera pour remplir ses obligations en vertu de l'art. 23.»<sup>43</sup> La Cour suprême affirme dans l'arrêt *Arsenault-Cameron* que le ministre conserve un pouvoir important. Toutefois, ce pouvoir sera assujéti à l'obligation imposée au gouvernement provincial «d'assurer la prestation de l'enseignement dans la langue de la minorité et le contrôle parental suivant l'échelle justifiée par le nombre pertinent d'enfants de la minorité.»<sup>44</sup>

Ainsi, la décision du ministre dans l'arrêt *Arsenault-Cameron* de ne pas accéder à la demande de la commission de langue française pour l'établissement d'une école francophone à Summerside a été jugée inconstitutionnelle par la Cour suprême car, selon elle, l'établissement d'une école relève du pouvoir exclusif de gestion de la minorité.<sup>45</sup> Le pouvoir discrétionnaire du ministre se limitait à vérifier si la commission avait satisfait aux exigences provinciales en matière de normes pédagogiques et financières. De plus, dans l'exercice de ses pouvoirs le ministre est restreint par le caractère réparateur de l'article 23, les besoins particuliers de la communauté linguistique minoritaire et le droit exclusif de gestion reconnu à celle-ci.

Pour les gouvernements provinciaux la règle devrait être d'«éviter toutes dispositions ou structures qui portent atteintes, font obstacle ou ne répondent tout

---

<sup>43</sup> *Mahé*, précité, à la page 393.

<sup>44</sup> *Arsenault-Cameron*, précité, au par. 52.

<sup>45</sup> *Ibid.*, au par. 55.

simplement pas aux besoins de la minorité »<sup>46</sup>, de respecter les besoins pédagogiques des communautés minoritaires de langue officielle<sup>47</sup> et le pouvoir exclusif de gestion de celles-ci sur tout ce qui concerne la langue et la culture de la minorité.

En conséquence, les provinces sont libres de modifier leurs systèmes scolaires, la forme des structures de gestion de l’instruction, les modalités de financement, les pouvoirs conférés aux institutions chargées de cette gestion, la limite étant que les provinces ne peuvent en ce faisant porter atteinte à la langue et à la culture. La répartition des pouvoirs entre le ministère de l’Éducation et les conseils scolaires minoritaires tient compte du fait que les décisions que prennent ces conseils introduisent invariablement une dimension linguistique et culturelle.

Le ministre de l’Éducation a deux obligations précises dans un régime de l’article 23 :

- (1) Peser l’effet de ses décisions sur la communauté minoritaire c’est-à-dire qu’il doit évaluer si sa décision va nuire à la pédagogie des enfants et il doit également envisager l’impact plus large de la décision sur la communauté minoritaire elle-même.
- (2) Il doit reconnaître le rôle des conseils scolaires minoritaires.

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

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

---

<sup>46</sup> *Renvoi manitobain de 1993*, précité, à la page 863.

<sup>47</sup> *Arsenault-Cameron*, précité, aux par. 31 et 49.

en considération le principe constitutionnel fondamental du respect et de la protection des minorités.<sup>48</sup>

La même conclusion s'applique au ministre de l'éducation.

Dans l'arrêt *Beaulac*, la Cour suprême a traité du principe de l'égalité en matière linguistique de la façon suivante :

L'égalité n'a pas un sens plus restreint en matière linguistique. En ce qui concerne les droits existants, l'égalité doit recevoir son sens véritable. Notre Cour a reconnu que l'égalité réelle est la norme applicable en droit canadien. Quand on instaure le bilinguisme institutionnel dans les tribunaux, il s'agit de l'accès égal à des services de qualité égale pour les membres des collectivités des deux langues officielles au Canada.<sup>49</sup>

Nous pouvons dire la même chose en éducation. Dans l'arrêt *Arseneault-Cameron*, la Cour suprême précise d'ailleurs que « [l']article 23 repose sur la prémisse que l'égalité réelle exige que les minorités de langues officielles soient traitées différemment, si nécessaire, suivant leur situation et leurs besoins particulier, afin de leur assurer un niveau d'éducation équivalent à celui de la majorité de langue officielle. »<sup>50</sup>

C'est d'ailleurs dans cet esprit que l'on doit comprendre l'extrait suivant de l'arrêt *Mahé* :

À mon avis, les appelants ont parfaitement raison d'affirmer que

---

<sup>48</sup> *Lalonde c. Commission de restructuration des services de santé*, [2001] C.A.O., au par. 180.

<sup>49</sup> *Beaulac*, précité, au paragraphe 22.

<sup>50</sup> *Arsenault-Cameron*, précité, au par. 31.

[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 ». <sup>51</sup>

Pour remédier aux injustices passées, la jurisprudence nous a enseigné que l'article 23 a pour objet d'assurer un accès égal à un enseignement de qualité égale à celui dispensé à la majorité dans des circonstances qui favoriseront l'épanouissement et la préservation de la minorité de langue officielle.

En raison de tout ce qui précède, la question se pose à savoir si l'article 23 peut justifier une reconnaissance constitutionnelle du droit à l'éducation et à l'intervention préscolaires? Pour répondre adéquatement à ces questions il nous faut poursuivre l'analyse des droits linguistiques en faisant appel non seulement aux valeurs écrites de la Constitution, tel l'article 23, mais également à ses valeurs non-écrites.

En effet, la Constitution canadienne n'est pas uniquement un texte écrit; elle englobe également des règles et des principes qui régissent l'exercice du pouvoir constitutionnel. Une lecture du texte écrit de la Constitution sans tenir compte de ces règles et principes sous-jacents pourrait induire le lecteur en erreur. Dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, la Cour suprême du Canada déclare que la Constitution canadienne est fondée sur quatre principes directeurs fondamentaux : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des droits des minorités.

Ces principes «inspirent et nourrissent le texte de la Constitution : ils en sont les prémisses inexprimées»<sup>52</sup>. Un peu plus loin la Cour ajoute que ces principes «ont dicté

---

<sup>51</sup> *Mahé*, précité, à la page

<sup>52</sup> *Renvoi sur la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, au par. 49.

des aspects majeurs de l'architecture même de la Constitution et en sont la force vitale.»<sup>53</sup> Ils «guident l'interprétation du texte et la définition des sphères de compétence, la portée des droits et obligations ainsi que le rôle de nos institutions politiques»<sup>54</sup> «Fait tout aussi important, le respect de ces principes est indispensable au processus permanent d'évolution et de développement de notre Constitution, cet «arbre vivant»».<sup>55</sup> Ces principes ne sont pas simplement descriptifs, mais ils sont aussi investis d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements. Bien qu'ils ne soient pas expressément énoncés dans la Constitution, ils peuvent, en vertu d'une disposition écrite, donner naissance à des obligations juridiques substantielles qui fixent des limites importantes à l'action des gouvernements.<sup>56</sup>

Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*<sup>57</sup>, la Cour avait apporté une réserve à la reconnaissance de ces principes constitutionnels. Elle a tenu à rappeler que ces principes n'étaient pas une invitation à négliger le texte écrit de la Constitution.<sup>58</sup> Dans cette décision, la Cour avait statué que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* «invite les tribunaux à transformer ces principes en prémisses d'une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel.»<sup>59</sup> La Cour insiste sur l'importance de la primauté de la Constitution écrite. Selon elle, une Constitution écrite favorise la certitude et la prévisibilité juridiques et fournit «les fondements et la pierre de touche du contrôle judiciaire en matière

---

<sup>53</sup> *Ibid.*, au par. 51.

<sup>54</sup> *Ibid.*, au par. 52.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> *Ibid.*, au par. 54.

<sup>57</sup> *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3.

<sup>58</sup> *Ibid.*, aux par. 93 et 104.

<sup>59</sup> *Ibid.*, au par. 104.

constitutionnelle.»<sup>60</sup>

Ces déclarations de la Cour relativement à l'importance des principes sous-jacents confirment que ceux-ci peuvent être utilisés comme guide pour l'interprétation du texte écrit de la Constitution. Il semble également clair, d'après ces passages, que ces principes peuvent être utilisés à d'autres fins et que certains de ces principes peuvent constituer les fondements indépendants sur lesquels la validité d'un acte gouvernemental peut être attaquée. Toutefois, il faut toujours garder à l'esprit que ces principes peuvent seulement être utilisés pour combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel.

La Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Lalonde et al. c. Commission de restructuration des services de santé*<sup>61</sup> et la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans l'affaire *Charlebois c. Mowatt et la Ville de Moncton*<sup>62</sup> se sont penchées sur la portée des principes sous-jacents du *Renvoi*.

La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick mentionne que l'opinion de la Cour suprême dans le *Renvoi* permet de conclure que le respect des droits des minorités est «un principe non écrit qui sous-tend la Constitution canadienne, que ce principe peut être utilisé pour préciser le texte écrit de la Constitution, et qu'il favorise le processus permanent d'évolution de la Constitution.»<sup>63</sup> Toutefois, s'appuyant sur l'arrêt *Succession Eurig (Re)*<sup>64</sup>, elle tient à réitérer qu'en droit constitutionnel canadien c'est la primauté du texte écrit constitutionnel qui sert de fondement à la légitimité du contrôle judiciaire exercé par les tribunaux.<sup>65</sup> Ainsi, elle conclut que la «force normative puissante» dont

---

<sup>60</sup> Renvoi sur la sécession du Québec, précité, au par. 53.

<sup>61</sup> [2001] O.J. n° 4768.

<sup>62</sup> [2001] A.N.-B. n° 480.

<sup>63</sup> *Ibid.*, au par. 55.

<sup>64</sup> [1998] 2 R.C.S. 565.

<sup>65</sup> *Charlebois*, précité, note 18, au paragraphe 57.

parle la Cour suprême dans le *Renvoi* « vise l'interprétation des textes constitutionnels et non la création de droits en dehors des textes constitutionnels. »<sup>66</sup> Les principes non écrits, dont celui relatif à la protection des minorités, serviront donc à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel.

Dans l'arrêt *Lalonde*, la Cour d'appel de l'Ontario fait remarquer que le principe de la protection des minorités est une caractéristique structurelle fondamentale de la Constitution canadienne et qu'il « explique et transcende à la fois les droits des minorités expressément garantis dans le texte de la Constitution. »<sup>67</sup>

La Cour d'appel de l'Ontario conclut que :

Les principes non écrits de la Constitution ont bel et bien une force normative. Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (I-P-É)*; *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale (Î-P-É)*, [1997] 3 R.C.S. 3 (le *Renvoi relatif aux juges provinciaux*), à la p. 75, le juge en chef Lamer fait clairement savoir qu'à son avis, le préambule de la Constitution « invite les tribunaux à transformer ces principes en prémisses d'une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel. »<sup>68</sup>

Les deux Cours d'appel estiment que lorsqu'on a recours aux principes non écrits pour attaquer la validité d'une loi ou d'un acte gouvernemental, ils peuvent légitimement être considérés comme issus du texte de la Constitution. En d'autres termes :

---

<sup>66</sup> *Ibid.*, au paragraphe 58.

<sup>67</sup> *Ibid.*, au paragraphe 114.

<sup>68</sup> *Ibid.*, au paragraphe 116.

Selon cette thèse, lorsque les principes structurels engendrent des droits permettant d'attaquer la validité d'une loi, ils sont fondés sur le texte de la Constitution. Même s'ils ne sont pas expressément énoncés dans le texte de la Constitution, ces droits ressortent du texte lorsqu'il est compris et interprété dans son contexte juridique, historique et politique complet et approprié. Employés de cette manière, les principes non écrits ou structurels permettent aux tribunaux de dégager tout le sens de la Constitution et d'étoffer ses dispositions, comme l'explique le juge en chef Lamer dans le *Renvoi relatif aux juges provinciaux*, à la p. 69, même au point d'autoriser les tribunaux à « combler les lacunes des termes exprès du texte constitutionnel. » (C'est moi qui souligne)<sup>69</sup>

Les tribunaux peuvent donc s'appuyer sur les principes non écrits afin de combler les vides laissés par le texte écrit en « définissant ce qui [...] constitue le meilleur ou le plus légitime ensemble de normes constitutionnelles à rajouter au texte existant. »<sup>70</sup> La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick renchérit en affirmant que « la « force normative puissante » dont parle la Cour suprême vise l'interprétation des textes constitutionnels et non la création de droits en dehors des textes constitutionnels. »<sup>71</sup>

Dans le cas qui nous intéresse, soit la reconnaissance d'un droit constitutionnel à l'enseignement préscolaire en langue française, nous cherchons simplement à combler un vide par implication nécessaire dans le texte de l'article 23 qui ne reconnaît explicitement qu'un droit à l'instruction aux enfants ayants droits aux niveaux primaire et secondaire sans prévoir les services nécessaires de garde et d'accueil ou d'éducation préscolaire.

---

<sup>69</sup> *Ibid.* au par. 118.

<sup>70</sup> *Ibid.*, au par. 120.

<sup>71</sup> *Charlebois*, précité, au par. 58.

Je suis d'avis, dans l'esprit du texte de la Constitution qui veut permettre un accès égal aux enfants de la minorité linguistique aux niveaux primaire et secondaire, qu'il est clair que le principe non écrit de la protection des minorités doit servir à combler ce vide dans l'article 23, qui n'a pas explicitement prévu le préscolaire pour que se réalise pleinement l'objet de l'article 23. Puisque l'objet de cette disposition vise l'égalité réelle dans la qualité de l'enseignement et un accès égal à celui-ci et puisqu'il vise à réparer les injustices du passé qui font en sorte qu'aujourd'hui à peine la moitié des enfants des ayants droit sont inscrits à l'école de langue française, il s'agit d'un exemple parfait où il faut combler le vide du texte pour lui donner plein effet juridique et pour donner plein effet à l'objet de l'article 23.

Un autre argument plus pragmatique pourrait également être fait qu'il n'existe pas de vide à combler puisque l'instruction au primaire comprend déjà le préscolaire. Dans le cadre de l'article 23, cela tomberait déjà dans le droit de gestion et de contrôle conféré aux ayants droit ou à leurs représentants et puisque c'est à eux de définir qu'elles sont leurs besoins et leurs priorités, ils pourraient décider d'inclure expressément dans le primaire le préscolaire.

J'éviterai ici de parler du cas particulier du Nouveau-Brunswick où les parents pourraient réclamer la dualité au niveau des programmes destinés à la petite enfance en invoquant l'article 16.1 de la *Charte* et le *Loi reconnaissance l'égalité des collectivités de langues officielles du Nouveau-Brunswick*.

En conclusion, devant une situation factuelle appropriée, il m'apparaît évidemment qu'il serait possible de développer un argument juridique pour soutenir que l'intervention auprès de la petite enfance fait également partie des droits protégés à l'article 23. Cet argument découle à la fois de l'objet de la disposition elle-même et des principes non écrits sous-jacents à notre ordre constitutionnel.