

## Les droits scolaires des acadiens et la charte

**PIERRE FOUCHER\***

*La présente étude fait analyse de l'avènement de l'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés à la question de langue d'éducation des enfants de parents francophones aux provinces Maritimes. L'auteur examine en détail l'article 23, et, en particulier, les droits scolaires que garantit l'article 23, et il constate entre autres que les modifications apportées à la loi scolaire de ces provinces n'ont pas encore répondu aux demandes des acadiens.*

*This essay seeks to examine the advent of section 23 of the Charter of Rights and Freedoms in relation to the French language issue involving the school system in the Maritime provinces. The author gives a detailed account of section 23 and the special rights which it guarantees Acadians to educate their children in the language of their choice. The author also notes that recent amendments to the Schools Act in these provinces have not met the demands of the Acadian population.*

### INTRODUCTION

La question scolaire est l'une des plus délicates de notre société. Tout ce qui touche nos enfants nous touche aussi. Dès qu'une autorité gouvernementale présente des mesures de réforme dans le milieu scolaire, l'attention des parents est éveillée: ils sont légitimement inquiets de la qualité de l'éducation, et soucieux de l'avenir de leurs enfants.

La langue, elle aussi, constitue l'un des sujets qui suscitent le plus d'émotions. Soutien de la culture et de la pensée d'un peuple, elle est la cause de multiples tensions sociales et d'efforts considérables de la part des États de peuplement composite pour aménager les rapports linguistiques sur leur territoire et apaiser les conflits, parfois acerbes, qui en découlent.

Lorsque l'on combine ces deux facteurs, école et langue, on se trouve en présence d'un problème qui porte en lui-même tous les germes d'un affrontement explosif entre communautés linguistiques.

L'histoire canadienne démontre l'application de ce principe. Les luttes scolaires ont représenté, dès les débuts de notre fédération, l'un de nos enjeux politiques majeurs. Luttes de langue et de religion s'y sont cristallisées, mais au-delà de ces symboles, la survie même de la nation francophone au Canada était en cause.

Les conflits scolaires récents en Ontario, au Nouveau-Brunswick et au Québec manifestent bien l'importance qu'attachent toujours aujourd'hui

---

\*Professeur de droit, Université De Moncton, Nouveau Brunswick

les citoyens francophones du Canada à la langue de l'éducation de leurs enfants et prouvent que le problème est toujours bien actuel.

L'avènement de la Charte canadienne des droits et libertés va-t-il résorber ces tensions ou les exacerber? Bien malin qui pourrait le prédire. Chose certaine, l'article 23 de la Charte, garantissant certains droits scolaires, suscitera bientôt de nombreux litiges devant nos tribunaux.

Plusieurs de ces litiges émaneront de l'Acadie. L'Acadie a toujours considéré l'école comme le lieu privilégié de son épanouissement. L'école acadienne est perçue comme comportant beaucoup plus qu'un enseignement en français: elle est, pour les Acadiens, le véhicule de leurs traditions et leurs valeurs. La Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick déclarait devant le Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, en décembre 1980:

Sortant de l'ombre de la déportation au 19<sup>e</sup> siècle, les Acadiens ont poursuivi jusqu'à nos jours leurs luttes. Ainsi le désir d'acadianiser davantage tous les secteurs de la vie des Acadiens s'est manifesté progressivement. D'abord dans le domaine de la religion par la nomination d'évêques acadiens et la création de paroisses acadiennes et de diocèses pour les régions acadiennes; puis dans le domaine de l'éducation dont les luttes qui durent depuis plus d'un siècle visent à assurer aux Acadiens l'accès et le contrôle complet de leur système d'éducation (préscolaire, primaire, secondaire et postsecondaire)...

La Fédération des francophones hors-Québec, devant la même instance, déclarait quant à elle:

Il n'est point besoin ici de savantes démonstrations académiques pour montrer qu'en milieu minoritaire l'école constitue le premier véhicule pour l'épanouissement de la langue et de la culture. C'est un moyen privilégié en vue d'assurer la transmission de notre propre système de valeurs.<sup>2</sup>

Sauf pour la province de Terre-Neuve, les autorités gouvernementales des provinces maritimes comptant une minorité acadienne ont réagi à ces discours et à l'adoption de la Charte, en modifiant leur loi scolaire pour donner une reconnaissance juridique à une situation qui, jusqu'alors, était tolérée dans les faits. Ces modifications n'ont ni respecté les dispositions de la Charte, ni les aspirations acadiennes—si l'on excepte le cas particulier du Nouveau-Brunswick. Nous nous proposons d'en faire la démonstration dans les quelques pages qui suivent. Après avoir souligné les grandes caractéristiques de l'article 23 de la Charte, nous procéderons à l'étude des lois scolaires et des règlements de chacune des provinces atlantiques.

<sup>1</sup>Mémoire de la SANB au comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes sur la Constitution du Canada, décembre 1980, non publié, p. 2.

<sup>2</sup>Mémoire de la FFHQ au comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes sur la Constitution du Canada, 26 novembre 1980, non publié, p. 10.

## 1. LES ÉLÉMENTS PRINCIPAUX DE L'ARTICLE 23 DE LA CHARTE

### 1.1 Genèse de l'article 23

L'article 23 de la Charte tire son origine d'un accord intervenu à St-Andrews, Nouveau-Brunswick, et complété à Montréal en 1978, entre les premiers-ministres des provinces. Le texte de cet accord se lisait ainsi:

Chaque enfant de la minorité francophone ou anglophone a droit de recevoir une éducation dans sa langue dans les écoles élémentaires et secondaires, dans toutes les province où le nombre d'enfants le justifie.<sup>3</sup>

Lors du dépôt de la résolution de rapatriement en 1980, tant le Premier Ministre du Canada que le Ministre fédéral de la Justice ont relié ce droit scolaire à la mobilité des Canadiens. En présentant son projet au peuple canadien devant les caméras, le Premier Ministre déclarait:

La Constitution garantira également à tous les Canadiens le droit de se chercher librement un emploi dans n'importe quelle partie du Canada, d'y acheter une maison et d'y élever leur famille selon leurs propres coutumes et traditions. Et, *inséparablement lié à ce droit*, on garantira à tous les parents, qu'ils soient francophones ou anglophones, la *possibilité* de faire éduquer leurs enfants dans leur langue.<sup>4</sup> (Les soulignés sont de nous).

Et le Ministre de la Justice renchérisait devant la Chambre:

Si l'on enlève le droit à l'instruction dans la langue de la minorité, l'on met sérieusement en danger le droit d'avoir un emploi n'importe où au Canada. . . D'ailleurs, sans une garantie des droits à l'instruction dans la langue de la minorité, il ne peut y avoir entière liberté de circulation et d'établissement.<sup>5</sup>

Le texte original de l'article 23 de l'annexe à la résolution portant adresse à Sa Majesté la Reine, déposé devant la Chambre des communes le 2 octobre 1980, se lisait ainsi:

23.(1) Les citoyens canadiens dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de leur province de résidence ont le droit de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité dans toute région de la province où le nombre des enfants de ces citoyens justifie la mise sur pied, au moyen de fonds publics, d'installations d'enseignement dans cette langue.

(2) Le citoyen canadien qui change de résidence d'une province à une autre a le droit de faire instruire ses enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue, française ou anglaise, dans laquelle l'un de ces enfants recevait son instruction dans la province de son ancienne résidence, dans toute région de sa nouvelle province de résidence où le nombre d'enfants de citoyens jouissant d'un droit reconnu au présent article justifie la mise sur pied, au moyen de fonds publics, d'installations d'enseignement dans cette langue.

<sup>3</sup>Accord des premiers-ministres provinciaux tel que cité dans les *Notes pour une allocution du ministre de la Justice, l'Honorable Jean Chrétien, Chambre des Communes, le 6 octobre 1980, La réforme constitutionnelle*, Ottawa, Ministère de la Justice et du Procureur général du Canada, 1980, p. 18.

<sup>4</sup>Déclaration du Premier Ministre, le Très Honorable Pierre Elliott Trudeau, Ottawa, Cabinet du Premier Ministre, 2 octobre 1980, p. 7.

<sup>5</sup>*Op. cit.*, supra, note 3, p. 18 et 19.

Dès le dépôt résolution commença l'un des plus formidables débats de l'histoire constitutionnelle canadienne. La recherche d'une formule d'amendement, l'enchâssement de droits fondamentaux classiques et de droits linguistiques, ne firent pas oublier aux commentateurs du projet que la clause scolaire en constituait l'un des enjeux majeurs. Devant cette levée de boucliers, le gouvernement institua un comité mixte formé de sénateurs et de députés, chargé de recevoir des mémoires et d'entendre les interventions de groupes intéressés.

Le texte proposé en matière scolaire n'allant pas assez loin pour les Acadiens, non plus que pour les francophones hors Québec, la FFHQ soumit au comité mixte spécial sur la Constitution un mémoire dans lequel la 5e recommandation, reprise dans le mémoire soumis par la S.A.N.B. à ce comité, énonçait une des revendications constantes des Acadiens:

Que l'article 23 de la Loi constitutionnelle de 1980 soit reformulé de façon à assurer la reconnaissance pour les francophones hors Québec du droit à l'éducation dans leur langue du pré-scolaire au post-secondaire inclusive-ment et du droit à des écoles et des conseils scolaires homogènes de même qu'à la gestion de leurs institutions d'enseignement.<sup>6</sup>

Ces préoccupations pour une éducation française à tous les niveaux, pour des écoles homogènes et pour la gestion scolaire, ne réussirent pas à trouver écho auprès des autorités, mais l'opposition au projet de rapatriement dans son ensemble semblait si forte que le Ministre de la Justice se vit obligé d'y présenter des modifications. L'article 23 subit, lui aussi, quelques transformations en janvier 1981, lors du dépôt d'une résolution amendée devant la Chambre. En matière de droits scolaires, on supprima l'obligation de changer de résidence au regard de l'éducation de l'un des enfants; on ajouta au critère de langue maternelle, celui de la langue d'instruction primaire des parents; et on supprima le critère numérique pour les installations d'enseignement, ne conservant que celui pour l'instruction.<sup>6a</sup>

<sup>6</sup>Mémoire de la F.F.H.Q., *supra*, note 2, p. 27. Les recommandations sont publiées aux procès-verbaux et témoignages devant le comité mixte du Sénat et de la Chambre des Communes sur la Constitution du Canada, 1ère session, 32e législature, Ottawa, Imprimeur de la Reine, vol. 13, p. 30.

<sup>6a</sup>Cette seconde version de l'article 23 se lisait donc comme suit:

23.(1) Les citoyens canadiens:

- a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité linguistique française ou anglaise 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 linguistique française ou anglaise de la province,
- ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.
- (2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.
  - (3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par le présent article de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité française ou anglaise d'une province s'exerce s'ils résident dans une région de la province où le nombre d'enfants de citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier la prestation dans cette région, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité.

Cette formulation fut à nouveau modifiée par la suite. On remit un critère numérique pour des établissements d'enseignement (et non plus des installations, comme le prévoyait la toute première version) et on supprima la critère de région pour le remplacer par un critère provincial ("partout dans la province") dans le cas de l'instruction, et un critère indéterminé ("lorsque le nombre justifie") pour les établissements d'enseignement. Les autres paragraphes de l'article 23 ne subirent aucune transformation. La version finale de l'article se lit donc comme suit:

Droits à l'instruction dans la langue de la minorité

23.(1) Les citoyens canadiens:

- (a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,
- (b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province.

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

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

La résolution fut finalement adoptée à l'unanimité par la Chambre des communes le 2 décembre 1981, par le Sénat le 8 décembre suivant, et le gouverneur général la transmit à Londres; la Chambre des communes anglaise lui donna son aval le 8 mars 1982, et la Chambre des Lords fit de même le 25 mars 1982. Une proclamation de la Reine le 17 avril 1982 eut l'effet de mettre en vigueur le Canada Act 1982<sup>7</sup> dont l'annexe B constitue la *Loi constitutionnelle de 1982*.<sup>8</sup>

Curieusement, alors que les commentateurs juridiques y allaient chacun de leur petit couplet dans les revues savantes, l'analyse de l'article 23

<sup>7</sup>Canada Act 1982, c. 11 (U.K.).

<sup>8</sup>La partie I de cette loi constitue la *Charte canadienne des droits et libertés*. Nous la citerons désormais comme "La Charte".

ne fit l'objet que de peu de réflexions juridiques. L'on y vit sans doute plus un engagement législatif de principe qu'un droit exécutoire. S'il est vrai que l'article 23 invite les législateurs provinciaux à adapter leurs lois scolaires à cette nouvelle obligation constitutionnelle, il ne faut pas conclure qu'il ne sera jamais invoqué au soutien d'une revendication judiciaire, dans un contexte totalement différent du débat "Clause Québec—Clause Canada"<sup>9</sup> qui semble avoir marqué la première année de son opération. En effet, il représente une source positive de droits que les minorités francophones auraient tort de négliger. Mais l'on doit s'en remettre pour l'instant à une étude textuelle et chercher dans la jurisprudence canadienne en matière scolaire des parallèles possiblement applicables.<sup>10</sup>

## 1.2 Les critères de qualification donnant ouverture aux droits scolaires

La Charte impose quelques conditions de qualification à l'exercice des droits scolaires. Il est facile de constater, à la lecture du texte même de l'article 23, que les droits sont donnés aux citoyens canadiens et non aux immigrants reçus ou aux résidents. Il est aussi facile de constater que la situation de minoritaire s'évalue non pas en fonction de la région, mais en fonction de la province. Un anglophone de Caraquet, N.-B., n'a aucun droit à la protection de la Charte même si la population anglophone du Nord-Est de cette province ne représente que 5% au plus de la population globale de la région. Puisqu'il s'agit d'un contexte de "minorité", ce terme doit être défini. La tâche n'est pas mince. Le rapport Capotorti, sous les auspices de l'O.N.U., tenait un essai de définition d'une minorité acceptable par la communauté internationale, définition qui incluait des critères objectifs de distinction fondés sur l'histoire, la langue, la religion, la culture communes, ainsi qu'un facteur numérique objectif (proportion plus faible des minoritaires que le groupe majoritaire de l'État mais nombre suffisant de minoritaires pour ne pas imposer à l'État un fardeau indu dans la mise en place d'institutions propres) et une volonté subjective des minoritaires de perpétuer leurs différences tout en conservant leur loyauté à l'État.<sup>11</sup> Dans les provinces maritimes, les Acadiens répondent certainement à cette définition,<sup>12</sup> qui ne constitue qu'un critère minimal d'évaluation d'une col-

<sup>9</sup>L'article 73 de la *Charte de la Langue Française du Québec* (LRQ 1977 c. C-11) stipule que seuls les québécois ayant étudié en anglais au Québec peuvent envoyer leurs enfants à l'école anglophone. Nous verrons que l'alinéa 23(1)b) de la Charte accorde un tel droit à tout citoyen canadien ayant étudié en anglais au Canada.

Ce débat dure depuis un certain temps. Dans l'arrêt *Quebec Association of Protestant School Board of Montreal v. Le Procureur général du Québec*, [1982] C.S. 673, la Cour Supérieure du Québec a statué que la clause Québec constituait une négation des droits garantis par la Charte; en obiter, elle a ajouté que même si la clause Québec n'était pas une négation mais bien une restriction des droits, le gouvernement du Québec n'avait pu se décharger de son fardeau de prouver par balance des probabilités que cette limite est raisonnable et peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique selon ce qu'exigeait l'article premier de la Charte. L'affaire est présentement devant la Cour Suprême du Canada.

<sup>10</sup>Quatre causes ontariennes portent sur le droit constitutionnel à la gestion scolaire. D'autres instances sont sur le point de débiter dans plusieurs provinces autres que le Québec.

<sup>11</sup>Capotorti, F., rapport sur l'article 27 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques.

<sup>12</sup>D'aucuns au Nouveau-Brunswick vont plus loin et réclament pour le peuple acadien un véritable droit à l'auto-détermination.

lectivité. D'ailleurs, La Charte semble employer le terme dans un sens purement numérique.

Il est enfin facile de constater que le droit est conféré aux parents plutôt qu'aux enfants. Il revient donc aux parents de choisir la langue dans laquelle seront éduqués leurs enfants. On se demande actuellement, dans les milieux acadiens, si les mariages mixtes (francophone/anglophone) donneraient ouverture au droit. Une interprétation large de la Charte commanderait une réponse affirmative. Pour clore cette question, il nous apparaît évident que le terme "enfants" comprend dans chacune des provinces étudiées, les enfants légitimes, naturels et adoptifs, lesquels ont des droits identiques. Et, la question se pose de savoir si l'article 23 peut l'appliquer à un seul parent. Autrement dit, est-ce qu'un seul parent qui rencontre les critères par la Charte peut revendiquer les droits garantis? Nous penchons pour l'affirmative, parce que la Charte ne distingue pas et que son application doit être large.

### 1.2.1 Le critère de la langue maternelle

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, . . .

La question de la "première langue apprise et encore comprise" suppose une méthode d'évaluation linguistique. D'aucuns ont donc critiqué ce critère, le jugeant difficile d'application. Il n'en demeure pas moins que les autorités scolaires d'abord, puis les tribunaux, doivent définir certains paramètres portant sur le niveau de connaissance linguistique du français requis par un parent pour rencontrer cette exigence, ainsi que la façon de prouver que le français fut la première langue apprise. Dans une affaire récente de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick portant sur l'accès des écoles anglaises aux francophones, l'honorable Juge en Chef Richard mentionnait avec à propos:

Dans les différentes lois, règlements et directives précités [l'honorable Juge Richard fait ici référence à la *Loi scolaire du Nouveau-Brunswick* et à la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*<sup>13</sup>] on trouve les termes langue maternelle, langue officielle, langue dominante, première langue apprise et encore comprise, personnes parlant l'autre langue, et, enfin, francophones et anglophones.

L'usage incessant de ces différents termes est peut-être de mise mais il contribue à embrouiller la pensée du législateur.<sup>14</sup>

<sup>13</sup>*Loi Scolaire du Nouveau-Brunswick*, L.R.N.-B. 1973, Ch. S-5; *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, L.R.N.-B. 1973 Ch. 0-1.

<sup>14</sup>*Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick et al v. Minority language School Board No 50*, jugement non publié du 24 juin 1983, Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, l'Honorable Juge-en-Chef Richard, à la page 42.

Ayant analysé la preuve d'expertise au procès, la Cour conclut qu'il est possible de développer des tests pour déterminer le "niveau de francité" d'une famille ainsi que la langue maternelle d'un enfant, sauf dans une infime minorité de cas (2 à 3%), et qu'il revient aussi aux enseignants de déceler la langue maternelle des élèves.<sup>15</sup> Par conséquent, le tribunal semble s'en remettre à l'opinion d'experts entendus au procès pour constater que des enfants sont de langue maternelle française ou anglaise. Le même type d'expertise sera-t-il requis dans toutes les causes impliquant l'alinéa 23(1) a) de la Charte, pour évaluer le niveau de francité d'un demandeur? S'en remettra-t-on à l'opinion des autorités scolaires ou au simple témoignage judiciaire du demandeur? Est-ce aussi facile de déceler la langue maternelle d'un adulte que celle d'un enfant? Car c'est bien ici la langue maternelle du parent, et non celle de l'enfant, qui est en cause à l'article 23.

### 1.2.2 Le critère de l'instruction primaire des parents: alinéa 23(1) b)

23 Les citoyens canadiens

(1) ...

- 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

...

Ce critère semble assez explicite et posera tout au plus un problème de preuve. Il s'agira de déterminer si le demandeur a vraiment reçu son instruction primaire en français. Cet alinéa sera fort utile aux "francophones", ces francophones assimilés qui désireraient que leurs enfants renouent avec leur culture d'origine.

Notons aussi qu'un critère de résidence est prévu à cet alinéa, ainsi d'ailleurs qu'à l'alinéa précédent. Le concept de résidence se définira selon le droit privé de la province où l'on cherchera à appliquer cette disposition et s'évaluera au moment où la demande sous le paragraphe 23(1) sera faite. Dans *Morgan v. Mierzewski*,<sup>16</sup> on a déclaré que le terme "résident" utilisé dans la *Loi scolaire de l'Alberta* signifiait que la maison principale d'un électeur scolaire devait se trouver dans le district où il votait. Dans *R. v. Murray*,<sup>17</sup> on a jugé que la résidence pour fins scolaires impliquait plus qu'un chalet d'été dans le district. La définition de résidence de la loi électorale d'une province a aussi été rejetée en matière scolaire au profit d'une définition de *common law*.<sup>18</sup> Par conséquent, on devra s'en remettre aux critères habituels de détermination de résidence pour interpréter ce terme au paragraphe 23(1).

<sup>15</sup>*Id.*, p. 44 ss.

<sup>16</sup>(1969) 71 WWR 52 (Alberta).

<sup>17</sup>[1962] O.W.N. 79.

<sup>18</sup>*McCuaig v. Hinds*, (1909), 11 W.L.R. 652 (Manitoba).



### 1.2.3 Le critère de "l'unicité linguistique" de la famille: paragraphe 23(2)

23...

(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

...

Le paragraphe 23(2) a été détaché du premier parce qu'il vise une situation où l'on ne se réfère pas au parent, mais bien à ses enfants.

De plus, ce paragraphe ne fait nullement état de la situation minoritaire du demandeur, ce qui pose un problème de taille. Par exemple, un francophone hors Québec ayant fait instruire un de ses enfants en anglais au Canada gagnerait donc le droit de faire instruire tous ses enfants en anglais dans toute province, puisqu'il rencontrerait les exigences de l'article 23. Ainsi se trouverait consacré le droit pour un minoritaire à l'instruction de ses enfants dans la langue de la majorité, si l'accès à l'école de la majorité a été ouvert à l'un d'eux. Mais le paragraphe (3) commence en ces termes:

23...

(3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes 1 et 2 de faire instruire leurs enfants, au niveau primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province... [Les soulignés sont de nous].

laissant par là entendre que le paragraphe (2) ne s'appliquerait que dans un contexte minoritaire. Le titre de cette section, "Droits à l'instruction dans la langue de la minorité", favorise aussi une interprétation plus restrictive du paragraphe (2). Quoi qu'il en soit, il est fort douteux que se présente, en pratique, une situation où un francophone devrait invoquer la Charte pour envoyer ses enfants à l'école anglophone dans une province anglophone.

Le cas inverse peut aussi se concevoir. Un anglophone ayant envoyé son enfant à école française, au Québec, gagnerait le droit d'envoyer tous ses enfants à l'école française partout au Canada. La majorité aurait ainsi un droit à l'école dans la langue de la minorité. Encore une fois, cette hypothèse est peu plausible mais concevable. Ce paragraphe, qui plus encore que le premier favorise la mobilité, recèle donc un potentiel d'élargissement de la portée de l'article 23 à des situations sans doute insoupçonnées du constituant, selon l'interprétation que l'on en fera.

L'un des problèmes majeurs consiste à se demander quelle est la durée minimale d'instruction requise pour faire jouer le paragraphe 2: sera-ce un an? deux ans? un cycle? six mois? Et faut-il que l'instruction ait été reçue dans la province de résidence du demandeur? Un Acadien pourrait-il envoyer un de ses enfants en résidence dans une institution privée du Québec pour un an puis réclamer pour tous ses enfants le droit à l'instruction en français chez lui? Un anglophone pourrait-il envoyer ses enfants à

l'école française au Québec et réclamer ensuite ce droit pour tous ses enfants? Ce n'est sans doute pas là l'intention du constituant, mais le texte du paragraphe (2) pris en lui-même ne fait nullement obstacle à une telle interprétation. Le paragraphe (3) pourrait être de nouveau invoqué, puisqu'il qualifie le droit reconnu au paragraphe (2) en le restreignant à "la langue de la minorité... d'une province". On pourrait arguer que cette condition, ainsi que la condition de nombre qui la suit immédiatement et qui fait aussi référence à la province ("s'exerce partout dans la province") impose au demandeur une obligation d'envoyer son enfant à l'école dans sa province de résidence pour pouvoir bénéficier de la protection du paragraphe 23(2). Mais cette interprétation va à l'encontre de l'objectif de mobilité décrit plus haut. De plus, alors que le paragraphe 2 confère le droit, le paragraphe 3 est limité à son exercice.

### 1.3. Les droits accordés

La Charte confère deux droits à celui qui rencontre ces critères d'admissibilité ainsi que la condition du nombre que nous étudierons bientôt. Il s'agit du droit à l'instruction en français et du droit aux établissements d'enseignement de la minorité linguistique.

#### 1.3.1 L'instruction en français

L'expression "instruction en français" apparaît pas moins de sept fois dans le seul article 23. On comprend que son interprétation s'avère cruciale. L'instruction aujourd'hui ne se résume pas à la prestation de quelques cours, mais doit comprendre un ensemble de matières assez cohérent pour constituer un programme, et un programme de qualité égale au programme anglophone. Ce programme devrait véhiculer les valeurs spécifiquement propres aux francophones, des valeurs acadiennes dans le cas qui nous occupe. Peut-on en inférer que la Charte garantit implicitement le droit à des structures acadiennes au sein des ministères provinciaux de l'Éducation chargés de la planification des programmes? Comment un programme au contenu adapté aux francophones peut-il être mis sur pied par des anglophones, si bien disposés soient-ils à l'égard du fait acadien dans leurs provinces respectives?

Un autre débat provient de l'apparition fulgurante du nouveau phénomène de l'immersion. Nombreux aujourd'hui sont les anglophones qui choisissent l'immersion française pour leurs enfants. Ces cours, dispensés en français à des anglophones, représentent-ils "l'instruction en français" visée par la Charte? Une réponse affirmative aurait des conséquences dramatiques: les enfants de ces anglophones auraient un droit à l'école française (et non seulement à l'immersion française) sous l'alinéa 23(1) b) ou le paragraphe 23(2). L'exercice effectif d'un tel droit pourrait bouleverser la conception de l'école homogène qui émerge graduellement en milieu acadien; en effet, le concept d'école homogène vise à préserver l'intégrité linguistique et culturelle du groupe minoritaire en l'isolant du groupe majoritaire pour les fins de l'éducation. Un retour aux écoles bilingues ap-

paraîtrait comme un recul pour les Acadiens, et possiblement comme une victoire pour ceux qui favorisent l'assimilation. Il devient donc crucial, pour l'avenir de l'éducation acadienne, de bien cerner le sens de l'expression "instruction en français" et le statut de l'immersion française au regard de ces termes.

La seule analyse judiciaire du concept et des effets de l'immersion nous est fournie par l'affaire *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick v. Minority language School Board No 50*.<sup>19</sup> La Cour a dû procéder à une étude assez exhaustive du cours d'immersion, pour conclure que l'instruction en français qu'on y dispense n'atteint pas une intensité suffisante pour que des francophones s'y sentent à l'aise. Un des témoins experts appelé par le demandeur décrit la qualité de ce cours comme suit: "Il faut limiter le vocabulaire, il faut réduire le langage à quelque chose de très simple parce qu'ils [les étudiants anglophones à l'immersion] ne sont pas capables de suivre un cours qui a été préparé pour des francophones."<sup>20</sup> Il est vrai que cette affaire ne visait que le programme d'immersion du Nouveau-Brunswick, mais le principe de base qui s'en dégage est transposable dans chaque province: l'immersion française n'est pas un programme adéquat pour les francophones. L'immersion française pourrait représenter une solution pour les enfants assimilés de parents francophones.

Il nous apparaît donc que l'instruction en français ne semble pas devoir être assimilée à l'immersion française. Si l'on conçoit l'instruction dans un sens plus large que la simple prestation d'un cours et qu'on l'envisage dans un contexte global d'exercices pédagogiques, de programmes et d'environnement francophone, il faut conclure que l'immersion ne représente pas un niveau suffisant au plan linguistique pour constituer l'instruction telle qu'envisagée par le constituant. Cette conclusion entraîne deux conséquences. D'une part, les "enfants de l'immersion" ne pourraient revendiquer pour leurs propres enfants les droits garantis par la Charte, puisqu'ils n'entreraient pas dans les critères des paragraphes 23(1) ou (2). D'autre part, les autorités scolaires, devant une demande d'instruction en français par un groupe de parents francophones, ne pourraient la refuser en se retranchant derrière une offre d'admettre les enfants francophones à l'immersion, puisque celle-ci ne pourrait représenter pour eux "l'instruction en français" telle que garantie par l'article 23.

### 1.3.2 Les établissements d'enseignement

Si la Charte a distingué l'instruction et le lieu où se donnait l'instruction, c'est qu'elle a voulu reconnaître deux réalités distinctes. En effet, prise en soi, l'expression "établissements d'enseignement de la minorité" semble décrire des écoles homogènes, où tout l'enseignement et l'administration de l'école s'effectue dans une seule langue. Dans son étude de la question,

<sup>19</sup>Supra, note 14.

<sup>20</sup>Id., p. 36.

le professeur Magnet cite des lois et règlements de l'Ontario<sup>21</sup>, de la Saskatchewan<sup>22</sup> et du Manitoba<sup>23</sup> pour conclure:

All of these statutes, thus, utilize the same conceptual framework and draw the same contrast between "instruction" and "administration" as is found in section 23. Viewed in this light, it is reasonable to assume that the "educational facilities" concept found in section 23 embraces minority schools in which the majority of instruction, as well as the administration and operations, are conducted in the same language.<sup>24</sup>

Le droit à une école homogène serait donc constitutionnellement consacré, en autant que les conditions numériques soient satisfaites. Si cela s'avère exact, le droit devra s'accompagner d'un renversement des attitudes acadiennes face au bilinguisme. Certains Acadiens, légitimement soucieux de donner à leurs enfants une capacité bilingue, ont tendance à considérer que l'école bilingue, cette unité scolaire où francophones et anglophones ensemble reçoivent une partie de l'enseignement en français et l'autre en anglais, représente une formule adéquate pour atteindre cet objectif. Or, l'affaire *S.A.N.B.* précitée<sup>25</sup> démontre clairement ce que le rapport Finn-Elliott<sup>26</sup> avait déjà établi, soit que l'école bilingue conduit à l'appauvrissement linguistique et l'assimilation. La Cour conclut:

... que le groupement des élèves francophones et anglophones, sous un même toit et dans un même système, conduit à l'interférence linguistique, à l'appauvrissement de la langue première et seconde et par conséquent à l'assimilation;<sup>27</sup>

Ce droit nouveau de revendiquer des établissements scolaires se heurte aux pouvoirs discrétionnaires des conseils scolaires en matière d'ouverture et fermeture d'école. Nous étudierons dans la seconde partie la situation des trois provinces maritimes à cet égard. Mais dans un contexte général, les tribunaux ont toujours respecté les décisions d'un organisme décentralisé, élu, jouissant d'une vaste discrétion. Ainsi, dans *Re Medora Separate School Section No 4*,<sup>28</sup> la Cour d'appel de l'Ontario reconnaît la discrétion du conseil scolaire de décider d'ouvrir et maintenir des écoles; et lorsqu'un article de la loi scolaire donne au Ministre de l'Éducation le droit d'obliger le conseil scolaire à ouvrir une autre école, ce droit dénote tout au plus un devoir du conseil scolaire de fournir une autre école lorsque les circon-

<sup>21</sup>*Education Act*, R.S.O. 1980, c. 129, art. 258.

<sup>22</sup>Sask. Reg. 118/79, 75 Saskatchewan Gazette 235 (10 mai 1979), art. 32.2(1).

<sup>23</sup>*Public Schools Act*, S.M. 1980, c. 33, art. 79.

<sup>24</sup>Magnet, Joseph Elliott, *Minority language educational rights*, publié dans Belobaba, Edward, et Gertner, Eric, *The New Constitution and the charter of rights, fundamental issues and strategies*, [1982] 4 Supreme Court LR 195 à la page 211.

<sup>25</sup>*Op. cit.*, supra, note 14.

<sup>26</sup>Finn, et Elliott, *Rapport du comité sur l'organisation et les frontières des districts scolaires du N.-B.*, Imprimeur de la Reine, Fredericton, 1979.

<sup>27</sup>*Op. cit.*, supra, note 14, p. 28-29.

<sup>28</sup>(1911), 23 O.L.R. 523 (C.A. d'Ontario).

ances rendent ce geste nécessaire. Cette affaire concernait le droit d'un conseil scolaire de fermer un établissement d'enseignement; la Cour déclare qu'il s'agit d'une décision relevant de la discrétion des autorités.

Cependant, si la loi crée une obligation de fournir l'éducation aux enfants, elle doit absolument être exécutée. L'obligation de dispenser l'enseignement peut se faire par divers moyens. Dans *Thurgood v. Vigneault*,<sup>29</sup> la Cour a accepté que les syndics scolaires louent une salle de couvent pour dispenser l'enseignement de la 10<sup>e</sup> à la 12<sup>e</sup> année, malgré les objections du demandeur qui réclamait contre eux une injonction.

Les tribunaux n'ont pas hésité à se servir du *mandamus* pour forcer un conseil scolaire à dispenser des "school accommodation" (en l'espèce, une école), conformément à ses obligations légales, et même malgré un refus de ce faire des autorités scolaires fondé sur des empêchements financiers. Par analogie, une demande d'école acadienne ne pourrait être repoussée pour ce seul motif, d'autant plus que l'obligation est ici constitutionnelle plutôt que législative.<sup>30</sup> La Cour de district d'Alberta déclarait en effet:

I think that the duty "to provide adequate school accommodation for the purposes of the district" is absolute. There may be a discretion as to what is "adequate" school accommodation or as to the alternative methods which may be used to provide adequate school accommodation.<sup>31</sup>

Dans cette affaire, les autorités scolaires avaient décidé de fermer l'école du village, qui ne restait ouverte que pour les 4 enfants du demandeur ainsi qu'une autre fillette. On avait donc offert à ces parents d'envoyer les enfants dans un grand district scolaire voisin, en leur payant une allocation mensuelle. Le demandeur, qui possédait un ranch dans le premier district scolaire fit construire une maison dans le second district scolaire afin d'y faire loger sa femme et ses enfants durant l'année scolaire. L'arrangement satisfaisait les deux parties et fonctionna un an. Mais la deuxième année, le conseil scolaire refusa de payer l'allocation mensuelle au motif que le demandeur était maintenant devenu résident du second district scolaire. La Cour conclut que ceci violait l'obligation légale du conseil scolaire de fournir des "school accommodations" et le condamna à verser au demandeur des dommages-intérêts équivalant à la somme annuelle qu'il aurait reçu en vertu de l'entente originale.

De même, dans *McLeod v. Salmon Arm School Board*,<sup>32</sup> la Cour d'appel de Colombie Britannique fustigea un conseil scolaire pour avoir fermé une école en prétextant l'insuffisance des fonds municipaux alloués par un conseil d'arbitrage. Le juge Sloan s'exprima ainsi:

<sup>29</sup>[1929], 4 D.L.R. 857 (N.-É.).

<sup>30</sup>Voir *Ex parte Gallagher*, (1892), 31 N.B.R. 472 (C.A.N.B.).

<sup>31</sup>*Henchel v. Board of Medicine Hat School District No 4*, [1950] 2 W.N.R. 369, p. 372-373.

<sup>32</sup>[1952] 2 D.L.R. 562.

It seems to me that because of the failure of the Board to give a complete explanation of the manner in which the funds allocated by the arbitration award were exhausted before the end of the school year, it would be creating a dangerous precedent, under these circumstances, to relieve the School Board from the absolute and imperative duty imposed upon it by statute to provide school accommodation for the children within its jurisdiction.<sup>33</sup>

Il y aurait donc une obligation absolue imposée aux conseils scolaires de fournir l'éducation aux enfants résidant sur leur territoire, lorsque la loi l'exige.<sup>34</sup>

Le fait que ces arrêts analysent un droit à des "school accommodations" plutôt qu'à des "educational facilities", expression employée dans la Charte, apparaît de moindre importance puisque la seconde formulation englobe la première et peut vouloir inclure encore plus que des écoles. Plusieurs arrêts indiquent que l'expression "educational facilities" s'étend au transport des élèves,<sup>35</sup> mais que cette obligation doit être acquittée de façon raisonnable.<sup>36</sup> Ce caractère raisonnable vise la distance à parcourir, le périmètre auquel s'étend le transport, la qualité des véhicules. On peut aussi penser que, lorsque cela s'avère nécessaire, la Charte créerait l'obligation pour les autorités d'assumer certaines dépenses relatives au transport et à l'hébergement des élèves. Mais il ne faut pas pousser ce principe à l'extrême. Il peut arriver que des parents d'enfants qui sent en nombre que le district scolaire juge insuffisant pour ouvrir une école, exigent quand même une école ou une classe sur place, dans leur localité. Entre cette demande et l'offre du district scolaire de transporter ces enfants, le tribunal devra trancher, et prendre en considération l'intérêt des enfants ainsi que le statut fondamental de la garantie accordée par la Charte. Une différence entre les versions française et anglaise pourrait aussi faire pencher le tribunal en faveur d'une institution: alors que la version anglaise emploie le terme "educational facilities", la version française emploie "établissement d'enseignement", ce qui est plus restrictif et semble faire référence à un lieu physique.

Comme "chacun a droit au bénéfice égal de la loi", selon l'expression du paragraphe 15(1) de la Charte,<sup>37</sup> les établissements d'enseignement de la minorité doivent être de qualité comparable à ceux de la majorité. Entre une roulotte mal équipée et une polyvalente moderne, les parents francophones préféreraient sans doute la seconde installation à la première; or, pour se soustraire à ses obligations constitutionnelles, un conseil scolaire pourrait fort bien donner aux parents le choix d'envoyer leurs enfants à l'école française, soit dans un endroit peu commode, mal situé et minable,

<sup>33</sup>*Id.*, p. 563.

<sup>34</sup>*Braut v. Commissaires d'école de Sainte-Brigide*, [1951] RL 479.

<sup>35</sup>*Perreault v. Board of Kinistino School*, (1957), 21 WWR 17 (CA Sask.); *United Counties of Northumberland & Durham v. Murray & Brighton Public School Trustees*, [1941] RCS 204; *Ridings v. Elmhurst School district No 2*, (1927), 21 Sask. L.R. 471.

<sup>36</sup>*R v. Oak Bluff School District*, (1937), 45 Man. R. 412.

<sup>37</sup>En vigueur en 1985: cf art. 32(2) de la Charte.

ou à une polyvalente moderne et anglophone. Mais point n'est besoin d'utiliser un exemple aussi évident: les polyvalentes modernes jouissent aujourd'hui d'équipements vidéo sophistiqués, de gymnases, d'ordinateurs, de cafétérias et de salons étudiants. Les écoles de la minorité doivent, en toute justice, bénéficier des mêmes services. Les franco-Ontariens de Penetanguishene, par exemple, vont tenter d'invoquer cet argument pour faire adjoindre un gymnase à leur école plutôt que de devoir aller suivre les cours d'éducation physique à la polyvalente anglophone, entraînant des complications administratives, des frais et des délais sérieux.

Reste enfin l'épineuse question de la gestion scolaire, revendiquée par les francophones hors Québec. Le professeur Magnet déclare:

To the extent that courts choose to respect the spirit of duality and linguistic equality that is radiated by section 23, the "educational facilities" concept may well require establishment of minority language school boards, or other means of self government, where minority numbers are especially concentrated.<sup>38</sup>

Elle se justifie ainsi: d'une part on peut démontrer à partir de l'exégèse de la version française de l'alinéa 23(3)(b) que le Constituant désirait y inclure la gestion scolaire: l'emploi de la particule "de" dans l'expression "établissements d'enseignement de la minorité" (en anglais, "minority language educational facilities") signifie "appartenant à la minorité", donc "contrôlés par la minorité". D'autre part, le droit à l'instruction dans une langue ne peut être mis en oeuvre de façon efficace, conforme à l'esprit de la Charte, par un Conseil Scolaire de l'autre langue. Ce droit à l'instruction dans une langue impose aux autorités scolaires de prendre diverses décisions relatives à l'instruction: il serait inefficace de contester chacune d'elles au motif qu'elles violent l'article 23, et ce risque pourrait être évité par la mise en place de structures scolaires linguistiquement homogènes. Le plus comprend de moins, et la gestion scolaire est l'accessoire indispensable de l'instruction; l'instruction étant garantie par le Charte, son accessoire, la gestion, y est nécessairement incluse.

Afin de guider les juristes dans la solution de ce grave problème, une étude de la jurisprudence fondée sur l'article 93 de la *Loi Constitutionnelle de 1867* peut s'avérer utile.

L'article 93 de la *Loi Constitutionnelle de 1867* protégeait les "droits et privilèges conférés par la Loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles".<sup>39</sup>

<sup>38</sup>Magnet, J., *op. cit.*, note 24, p. 211.

<sup>39</sup>*Loi Constitutionnelle de 1867*, 30-32 Vict. c. 3, art. 93:

93. Dans chaque province et pour chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur l'éducation, sous réserve et en conformité des dispositions suivantes:

(1) Rien dans cette législation ne devra préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles;

Une jurisprudence constante a affirmé que cette protection se limitait à la confessionnalité des écoles, plutôt qu'à la langue.<sup>40</sup> Cependant, on retrouve dans les arrêts des dicta relatifs au droit des protestants ou catholiques de "gérer" leur système scolaire, en autant que ce droit existait en 1867 et sous réserve du droit prépondérant de la législature provinciale. Dans l'arrêt *Trustees of the Roman Catholic Separate Schools for Ottawa v. Ottawa Corp.*,<sup>41</sup> le Conseil Privé a jugé qu'une loi donnant le pouvoir au ministre de l'Éducation de suspendre un Conseil de syndics et le remplacer par une commission élue, même si ce pouvoir n'était pas exercé, violait le droit des catholiques d'élire un Conseil de syndics, droit accordé en 1863<sup>42</sup> et donc protégé par le paragraphe 93(1) de la *Loi Constitutionnelle de 1867*. Dans *Tiny*, la Cour d'Appel d'Ontario a considéré que le droit aux écoles séparées entraînait le droit à l'"initiation, establishment, internal management, and religious teaching, none of which touched the secular education to be imparted to the pupils".<sup>43</sup> [Les soulignés sont de nous].

Cependant, le poids de la jurisprudence sous l'article 93 indique clairement que la province conserve le contrôle de la gestion générale de l'éducation. Dans *Mackell*<sup>44</sup>, les syndics réclamaient le droit de choisir la langue de l'enseignement et de l'administration de l'école, et s'objectaient au triste-ment célèbre règlement 17 qui interdisait l'usage du français dans les écoles ontariennes. Ayant statué que l'article 93 protégeait la confessionnalité et non la langue, le Conseil Privé ajouta:

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 . . .<sup>45</sup>

Mais c'est dans l'affaire *Tiny*<sup>46</sup> que la question se souleva avec le plus d'acuité. Les syndics scolaires réclamaient, en vertu de l'article 93 de la *Loi Constitutionnelle de 1867*, le droit à la gestion scolaire complète: choix des programmes, niveaux d'enseignement, choix des professeurs et livres, ainsi que le droit au produit de certaines subventions. Les tribunaux réagirent fort mal à cette prétention. Le juge Grant mentionna:

the denomination may carry on the schools, but the province controls the education.<sup>47</sup>

Au Conseil Privé, le Vicomte Haldane rejeta les prétentions des demandeurs en des termes un peu plus explicites:

<sup>40</sup>Voir surtout *Trustees of the Roman Catholic Separate Schools for the City of Ottawa v. Mackell*, [1917] AC 62.

<sup>41</sup>[1917] AC 76.

<sup>42</sup>*Separate Schools Act* (1863), 26 Vict. c. 5.

<sup>43</sup>*Roman Catholic Separate Schools Trustees for Tiny v. R.* (1926-27), 60 O.L.R. 15, p. 28, per Hodgins, J.A.

<sup>44</sup>*Supra*, note 40.

<sup>45</sup>*Id.*, 74-75.

<sup>46</sup>*Tiny*, *supra*, note 43.

<sup>47</sup>*Id.*, p. 41.



Examination of the statutes and of the history of the subject have satisfied their Lordships that, while a settlement was come to in 1863 with both Roman Catholics and Protestants, a settlement which in so far as it remained unaltered at confederation, must be strictly maintained, the practice showed in the wording of the successive earlier statutes the intention to preserve for the rest the power to mould the educational system in the interest of the public at large, as distinguished from any section of it, however important.<sup>48</sup>

Il continua en ces termes:

It is this principle and purpose which appear to their Lordships to be dominant through the statutes, and the language used in the sections just quoted has brought this Committee to the conclusion that the power of regulation must be interpreted in a wider sense than that given to it in the judgment of the Chief Justice of Canada. They are not at one with him in thinking that separate school trustees could give secondary education in their schools otherwise than by the permission, express or implied of the Council of Public Instruction. The separate school was only a special form of common school, and the council could in the case of each determine the courses to be pursued and the extent of the education to be imparted. A full power of regulation, such as the purpose of the statute renders appropriate, is what suggests itself, and this is the natural outcome of a scheme which never appears to have really varied. Such expressions as "organization", "government", "discipline" and "classification" do, in their lordships interpretation of them, imply a real control of the separate schools.<sup>49</sup>

Et dans *Bureau Métropolitain des écoles protestantes de Montréal v. Ministre de l'Éducation de la province de Québec et al.*,<sup>50</sup> le juge en chef Deschênes répondit à la demanderesse, qui arguait que l'article 93 protégeait tous les droits nécessaires à l'établissement et au maintien d'un système d'écoles, y compris l'organisation, le programme, le choix de la langue de gérance et d'enseignement:

Personne ne contestera que, si les écoles confessionnelles font partie du système d'éducation dans une province, elles ne constituent pas l'ensemble du domaine de l'éducation qui est confié aux soins exclusifs de la Province . . .

Il faut donner un sens à la rédaction retenue par le Parlement à la suite—il n'est pas sans intérêt de le reconnaître—de délibérations des Pères de la Confédération. Ce sens veut que la garantie constitutionnelle donnée par le premier paragraphe de l'article 93 s'attache à l'aspect confessionnel du système d'enseignement, et à ce seul aspect vu qu'il s'agit d'une dérogation au principe général de compétence de la législature provinciale. Pour le surplus—y compris le choix de la langue d'instruction—la législature provinciale est suprême.<sup>51</sup>

Il nous semble donc clair que la Constitution n'a jamais encore garanti à une minorité un droit complet à la gestion scolaire. Tout au plus a-t-on

<sup>48</sup>[1928] AC 363, p. 385-86.

<sup>49</sup>*Id.*, p. 387.

<sup>50</sup>[1976] CS 430 (Québec).

<sup>51</sup>*Id.*, p. 439.

respecté les structures mises en place avant 1867, la province demeurant libre de confier aux syndicats scolaires des droits de gérance limités et assujettis à la législation provinciale en vigueur.

À notre avis, la Charte n'a pas changé fondamentalement cette position. Alors que 93 parlait "d'écoles confessionnelles" et de "classes de personne", la Charte utilise l'expression "établissements d'enseignement de la minorité" linguistique. Les pouvoirs de la province en matière scolaire n'ont pas été affectés au-delà de la question linguistique. Il ne s'agit pas d'analyser les droits qu'avait la minorité linguistique francophone avant 1982, année de l'entrée en vigueur de l'article 23—d'ailleurs, seuls les francophones du Nouveau-Brunswick avaient alors un droit reconnu à la gestion scolaire, puisque la réforme scolaire qui a mis en oeuvre le principe des conseils scolaires homogènes est entrée en vigueur en 1980, avant l'adoption de la Charte—mais plutôt de circonscrire quel nouveau droit la Charte a pu conférer. Or, nous estimons que ce serait faire indûment violence au sens du texte que d'y lire un droit à des structures scolaires. Des "établissements" ne sont pas des structures. La Charte a garanti un minimum de droits; les provinces peuvent toujours y rajouter.<sup>52</sup>

Cette vision plus restrictive de l'article 23 ne semble cependant pas faire justice à l'esprit libéral devant animer l'interprétation d'une Charte Constitutionnelle. Il est vrai que l'interprétation de l'article 93 par le Conseil Privé n'a pas péché par excès de générosité. On s'en est tenu à la lettre du texte. Mais les temps et les opinions ont changé, et la Cour Suprême du Canada se révélera peut-être plus réceptive à une interprétation plus souple et large de l'alinéa 23(3)(b), de façon à accorder aux minorités linguistiques le droit à une structure scolaire autonome et distincte. En effet, l'on peut plaider (et les franco-ontariens le font présentement) qu'un établissement scolaire francophone ne peut se concevoir sans une structure de gestion appropriée, débordant le cadre strict de l'école. Le conseil scolaire est un complément indispensable et nécessaire à l'établissement scolaire homogène. Quoi qu'il en soit, au moment où ces lignes sont écrites, la Cour d'Appel d'Ontario est saisie du problème et l'affaire se rendra vraisemblablement en Cour Suprême du Canada.

Même si la Cour rejetait une telle interprétation, rien n'empêcherait la province, dans l'exercice de sa juridiction souveraine en matière d'éducation, de mettre sur pied une telle structure, qui ne découlerait alors cependant pas des prescriptions d'un texte constitutionnel mais de la seule bonne volonté de la majorité; et l'histoire de notre pays démontre que la majorité est généralement peut porté à faire des concessions majeures dans le domaine scolaire. Il faut donc que les Acadiens et les Francophones hors Québec continuent leurs revendications pour la gestion scolaire.

#### 1.4 La question du Nombre

Contrairement à d'autres droits fondamentaux reconnus par la Charte et que l'on peut revendiquer d'office, l'exercice des droits scolaires est

<sup>52</sup>*Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 RCS 182.

assujetti à la présence d'un nombre suffisant d'enfants. Ce concept n'est pas inconnu dans notre droit: la Charte elle-même assujettit le droit aux services publics fédéraux dans sa langue à la condition d'une "demande suffisante".<sup>53</sup> La *Loi sur les langues officielles du Canada*<sup>54</sup> avait prévu l'établissement de "districts bilingues" lorsque la minorité de langue officielle représentait 10% de la population du district. Et si l'article 23 n'avait pas inclus ce test, les tribunaux, s'appuyant sur l'article 1,<sup>55</sup> en auraient formulé un semblable. Le Constituant a préféré établir lui-même en vertu de quels critères s'exercerait le droit à l'instruction dans sa langue, ou le droit à des établissements d'enseignement. Le paragraphe 23(3) établit trois critères: un critère territorial, un critère numérique et un critère financier.<sup>55a</sup>

#### 1.4.1 Le critère territorial

Il n'est pas sans intérêt de rappeler ici que le concept de "région" a été abandonné dans la version finale du paragraphe 23(3)<sup>56</sup>. On a préféré scinder en deux le critère territorial, selon le droit visé. Ainsi, le droit à l'instruction s'exerce, selon l'alinéa (a), "partout dans la province" où le nombre est suffisant, tandis que le droit aux établissements d'enseignement s'exerce "lorsque le nombre le justifie", selon l'alinéa (b). On cherche cependant en vain une différence significative entre les deux expressions, qui semblent décrire la même situation. L'abandon du critère régional et l'emploi de ces deux expressions laissent à entendre que la base territoriale servant à l'évaluation du nombre suffisant sera très souple. Les tribunaux n'ont pas à respecter les frontières des districts scolaires, puisqu'ils peuvent considérer tout regroupement de minorités partout dans une province. La stratégie consistant à fusionner plusieurs petits districts scolaires en qu-

<sup>53</sup>Le texte du paragraphe 20(1) se lit:

- 20.(1) Le public a, au Canada, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec le siège ou l'administration centrale des institutions du Parlement ou du gouvernement du Canada ou pour en recevoir les services; il a le même droit à l'égard de tout autre bureau de ces institutions là où, selon le cas:
- (a) l'emploi du français ou de l'anglais fait l'objet d'une demande importante;
  - (b) l'emploi du français et de l'anglais se justifie par la vocation du bureau.

<sup>54</sup>*Loi sur les langues officielles du Canada*, S.R.C. 1970 c. 0-2, art. 9.

<sup>55</sup>L'article 1 se lit:

1. La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

<sup>55a</sup>L'article 23...

- (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.

<sup>56</sup>*Supra*, section 1.1.

elques grandes entités administratives, comme cela fut fait en Nouvelle-Écosse en 1982, et qui a pour effet de noyer des minorités jadis autonomes au sein de grands ensembles, se trouve donc mise en échec.

#### 1.4.2 Le critère numérique

Quel est le nombre minimum requis pour avoir droit à une classe ou une école? Voilà la grande question que se pose la minorité francophone. Le juriste, quant à lui, tente d'identifier les paramètres qui guideront la Cour dans sa recherche du "nombre magique". Certains disent qu'il faut un nombre minimum égal partout au Canada pour assurer une application uniforme de la Charte et des droits égaux dans l'ensemble du pays. Mais ce n'est pas ce que semble dire la Charte. D'abord, le nombre s'évalue en relation avec une unité territoriale quelconque, mais dans chacune des provinces. Ensuite, et surtout, ce nombre doit être suffisant pour justifier une dépense. Or, une dépense se justifie au regard de certains critères comme par exemple la capacité fiscale de la province, l'importance du budget scolaire, la proportion du budget dépensée pour la majorité, l'efficacité administrative, la valeur pédagogique d'un programme destiné à telle clientèle, les ratios étudiants/professeurs. Les tribunaux dégageront sans doute d'autres critères et auront à pondérer la valeur relative de chacun d'entre eux. On pourrait aller jusqu'à chercher à comparer les proportions entre l'importance du budget provincial affecté à la mise en oeuvre des droits scolaires des minorités et la taille numérique retenue pour des classes ou des écoles de la minorité, dans chaque province, et forcer toutes les provinces à adopter la proportion canadienne la plus favorable à la minorité. Mais il serait illusoire de figer les droits scolaires dans un carcan numérique rigide.

Ce nombre suffisant en est un d'élèves; il se calcule non à partir d'un nombre d'élèves admissibles aux programmes francophones, mais bien à partir du nombre de parents qui rencontrent les normes des paragraphes 23(1) ou 23(2). Dans les cas du paragraphe 23(1), par exemple, ni la langue maternelle de l'enfant ni sa langue d'instruction primaire ne sont des considérations pertinentes: il faut calculer le nombre d'enfants suffisant en rapport avec les parents qui ont les droits reconnus par l'article 23. Cette distinction est cruciale. La formulation du paragraphe 23(3) élargit considérablement la portée des droits scolaires de la minorité, puisqu'elle permet d'inclure dans le calcul du nombre *suffisant* (et non du nombre réel— nous y reviendrons dans un instant) les enfants qui ne parlent plus français mais qui ont un ou des parents francophones (alinéa 23(1) a)), ainsi que les enfants de parents ayant fait leur instruction primaire en français mais qui ne parlent plus français (alinéa 23(1) b)). Quant aux enfants de parents anglophones, si l'un d'eux fréquente l'école française—et non l'immersion<sup>57</sup>— en vertu du paragraphe 23(2), nous pouvons en arriver à deux conclusions opposées selon l'optique avec laquelle nous envisageons la portée de ce paragraphe: ou ces enfants anglophones ont un droit à l'école française,

<sup>57</sup>*Supra*, section 1.3.1.

selon les termes mêmes du paragraphe, et ils doivent alors entrer au calcul du nombre suffisant; ou ces enfants anglophones n'ont pas un droit à l'école française parce qu'ils ne sont pas de la minorité et qu'il s'agit des droits scolaires de la minorité, et alors ils n'entrent pas dans le calcul du nombre suffisant puisqu'ils ne sont pas "des enfants des parents qui ont ce droit" selon le texte même de l'alinéa 23(3)(a). Le nombre suffisant s'en trouve réduit d'autant. Mais il s'agit d'instruction dans la langue, ce qui est différent de l'appartenance du requérant au groupe linguistique désigné. La première interprétation semble donc plus exacte.

Enfin, au contraire du paragraphe 20(1) qui établit l'exigence d'une demande suffisante,<sup>58</sup> le paragraphe 23(3) a pris soin de spécifier qu'il s'agissait d'un nombre suffisant, sans égard à la demande. Cela est heureux, puisque l'on connaît en Acadie la réticence de certains francophones à revendiquer leurs droits, par crainte de représailles (crainte parfois justifiée) ou par désir de préserver la bonne entente entre les deux communautés linguistiques. Les autorités scolaires ne peuvent se soustraire à leurs obligations constitutionnelles sous le prétexte que le nombre de parents qui demandent l'école française est insuffisant, à moins que les tribunaux n'acceptent de considérer qu'un nombre est suffisant lorsque les autorités scolaires sont persuadées que ces enfants fréquenteront l'école française. Comme l'a démontré le professeur Magnet,<sup>59</sup> les autorités scolaires seraient mieux avisées d'offrir les classes ou écoles et d'évaluer la réponse, que d'attendre des demandes qui risquent parfois de tarder.

### 1.4.3 Le critère financier

Le nombre requis doit être suffisant pour justifier la prestation sur les fonds publics de l'instruction, ou le financement sur les fonds publics d'établissements d'enseignement.

La notion de "fonds publics" est difficile à cerner. Elle n'exclut pas nécessairement les établissements privés, s'ils reçoivent un financement important de l'État. L'origine et la nature de ces fonds sont des questions plus litigieuses.

Tout d'abord, puisque l'éducation relève de la juridiction des provinces, limiterait-on les fonds publics disponibles aux fonds provinciaux? Une minorité pourrait-elle, au cas de difficultés financières de sa province, revendiquer des fonds au Secrétariat d'État, par exemple? L'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et plus spécialement son second paragraphe qui garantit une qualité de service égale par niveau de taxation comparable, pourrait-il supporter une telle demande?<sup>60</sup>

<sup>58</sup>*Supra*, note 53.

<sup>59</sup>*Op. cit.*, *supra*, note 24.

<sup>60</sup>Le paragraphe 36(2) se lit:

36 . . .

(2) Le Parlement et le gouvernement du Canada prennent l'engagement de principe de faire des paiements de péréquation propres à donner aux gouvernements provinciaux des revenus suffisants pour les mettre en mesure d'assurer les services publics à un niveau de qualité et de fiscalité sensiblement comparables.

Dans l'affaire des *Soeurs de la Visitation d'Ottawa v. The City of Ottawa*<sup>61</sup>, il s'agissait de déterminer si un couvent était financé par des fonds publics, et donc bénéficiait ou non d'une exemption de l'impôt foncier. Le Juge Schroeder interprète ainsi le terme "public funds":

These words have a well-recognized meaning in the public statutes of this province and must be limited to money provided from the treasuries of either the federal or provincial or municipal governments.<sup>62</sup>

L'expression engloberait donc des fonds fédéraux. Le gouvernement fédéral pourrait peut-être se servir de son pouvoir de dépenser pour financer l'éducation dans la langue de la minorité. Pour le professeur Driedger, rien ne s'oppose juridiquement à l'octroi de subventions conditionnelles du fédéral aux provinces; lorsque le Parlement a approprié les sommes requises et les a remises au Souverain, ce dernier est libre de les dépenser à sa guise.<sup>63</sup> Le professeur Magnet, en soulignant les implications politiques et administratives de ce débat, soumet néanmoins que le gouvernement fédéral ne peut, par le biais d'une taxe, réglementer une activité qui sort de son champs de compétence.<sup>64</sup> À la vu de la définition large de "fonds publics" donnée par le juge Schroeder, le Constituant a peut-être voulu favoriser avant tout l'accès des groupes minoritaires à l'éducation dans leur langue, légitimant ainsi la première thèse quoique la seconde apparaisse juridiquement plus logique.

Nous pouvons ici poser le problème de l'accès aux écoles des bases militaires fédérales. Le ministre de la défense nationale maintient en divers points du pays des écoles destinées aux enfants des militaires. Les civils y ont parfois accès, sur paiement de frais de scolarité assez considérables. Or, plusieurs de ces écoles sont francophones et situées en milieu majoritairement anglophone. Cette situation nous amène à nous demander, tout d'abord, si le Parlement fédéral a juridiction pour maintenir des écoles, domaine de juridiction provinciale exclusive, et ensuite s'il doit admettre à celles de ces écoles qui sont francophones et situées dans une province anglophone, gratuitement, des civils francophones pour respecter le paragraphe 23(3) de la Charte.

Le problème de la juridiction fédérale en matière scolaire a été évoqué dans une décision récente qui traitait du statut des employés des écoles du ministère de la Défense nationale; la Cour Suprême y a conclu que puisqu'il s'agissait d'employés de la Couronne fédérale, ils étaient soumis au Code canadien du travail et devaient présenter leur requête en accréditation syndicale devant le Conseil Canadien des relations ouvrières. Sur la question qui nous occupe, le Juge Beetz fait le commentaire qui suit:

---

<sup>61</sup>[1952] O.R. 61.

<sup>62</sup>*Id.*, p. 72.

<sup>63</sup>Driedger, E.A., *The spending power*, (1981) 7 Queen's L.J. 124 à la page 130.

<sup>64</sup>Magnet, J.E., *The Constitutional distribution of taxation powers in Canada*, (1978), 10 Ottawa L.R. 473, pp. 480-484.

D'une part il est possible que puisse être mise en question soit dans son principe, soit dans son application, la compétence de l'administration fédérale d'établir des écoles sur les Bases militaires et d'oeuvrer pour ainsi dire dans le domaine de l'éducation réservé aux provinces. Mais cela n'est pas en cause en l'espèce. L'intimée s'est bien gardée de soulever ce moyen qui, si on le trouvait bien fondé, entraînerait la fermeture de l'école. Ce n'est sûrement pas dans son intérêt ni dans celui de ses membres.<sup>65</sup>

Il y a donc lieu de remettre en question l'existence même des écoles militaires, à titre de compétence ancillaire à la juridiction fédérale sur les forces armées.

Si la compétence fédérale est admise, on peut se demander si ces écoles de l'armée peuvent servir aux francophones hors-Québec. Si les "fonds publics" englobent les fonds fédéraux, ces écoles pourraient représenter un choix valable, évitant aux élèves francophones de devoir faire de longues distances ou encore d'être intégrés à une école anglophone. La situation s'est présentée en quelques endroits, et il semble exister des précédents où l'armée a remis le contrôle de l'école aux autorités civiles.

En second lieu, la Cour limiterait-elle l'accès aux fonds publics au seul budget de l'éducation, ou à l'ensemble du fonds consolidé de la province? Dans les provinces où les conseils scolaires ou les municipalités ont un pouvoir de taxer pour fins scolaires, les fonds publics ne seront-ils que les produits de ces taxes? Et enfin, la Cour avalisera-t-elle une offre (hypothétique) d'une province qui juge qu'un nombre donné serait suffisant pour justifier la levée d'une taxe distincte, tout comme dans le cas des écoles séparées? On scinderait alors l'assiette fiscale selon un critère linguistique, avec le résultat que les minorités perdraient accès à l'ensemble du produit de la taxe et à une répartition équitable des ressources, à cause de leur faiblesse numérique et de l'assimilation galopante dans leur rang.

Une interprétation large du paragraphe 23(3) nous amène à conclure que l'on ne doit pas restreindre l'accès aux fonds publics à des ressources limitées. Toute source publique de financement de l'éducation, et à la rigueur si le budget scolaire provincial s'avère insuffisant, toute source de fonds publics de la province pourrait être sollicitée en vue du respect des obligations constitutionnelles, sans pénaliser la minorité pour l'exercice de ses droits.

Il faut cependant tenir compte de la structure financière d'une province et des pouvoirs conférés à son Conseil du Trésor par sa loi sur l'administration financière. C'est ainsi que dans l'arrêt *Vancouver District 39 Board of School Trustees v. R. in right of British Columbia et al.*,<sup>65a</sup> un conseil scolaire qui réclamait du trésor provincial des sommes déjà appropriées par la législature s'est vu débouté de sa demande. La Cour Suprême s'est basée sur la *Loi sur l'administration financière*<sup>65b</sup> de la province pour reconnaître au

<sup>65</sup>*Procureur général du Canada v. St. Hubert Base Teachers' Association et le Commissaire du travail*, Cour Suprême du Canada, 17 mai 1983, non publiée. Par le juge Chouinard, à la page 19.

<sup>65a</sup>(1982) 140 D.L.R. 3d (Cour Suprême de la Colombie-Britannique).

<sup>65b</sup>*Financial Administration Act*, 1981 S.B.C. C. 15, art. 2 et 24.

Conseil du Trésor un pouvoir prépondérant de réduire les montants accordés par toute loi d'appropriation. Le ministre de l'Éducation, n'ayant pas reçu les sommes auxquelles il s'attendait, ne pouvait être contraint de les dépenser.

Le résultat eût-il été différent en invoquant l'article 23 à l'encontre des articles précités de la *Loi sur l'administration financière*? Le caractère prépondérant de l'article 23 nous donne à penser que les pouvoirs délégués mais immenses du Conseil du Trésor en matière financière devraient être exercés de façon rationnelle et justifiée, surtout lorsqu'il s'agit des droits scolaires de la minorité francophone.

### 1.5 Conclusion: Le nouveau pacte scolaire

L'article 23 peut être considéré, à juste titre, comme un nouveau pacte scolaire. Quelque soit son objectif primordial, il n'a pas pour seul effet, de préserver les droits des anglophones du Québec, mais aussi de veiller au respect des droits des francophones hors Québec. L'histoire nous démontre que les droits scolaires des Acadiens ont constamment été mis en péril, et qu'ils ont dû faire preuve de ténacité, de courage parfois, pour conserver le peu qu'ils ont. Le Constituant leur fournit une arme supplémentaire; s'il est vrai qu'"enchasser le droit de revendiquer n'améliorerait pas grandement le statut des francophones hors Québec"<sup>66</sup>, lorsque cette revendication s'appuie sur un texte constitutionnel jouissant de la suprématie législative qui compense la faiblesse politique de la minorité,<sup>67</sup> elle offre plus de garanties de réussite. Cependant, la reconnaissance réelle des droits scolaires des Acadiens mettra du temps à se transposer de la théorie à la pratique. Plusieurs des questions que nous avons soulevées ci-haut sont actuellement réglées par les conseils scolaires, qui jouissent de pouvoirs discrétionnaires étendus. Or, répétons-le, les tribunaux se montrent souvent réticents à renverser les décisions d'organismes démocratiquement élus, si ces décisions sont prises de bonne foi, à l'intérieur de leur juridiction, et dans le respect du devoir d'équité procédurale. Les tribunaux ontariens ont ainsi refusé systématiquement de renverser une décision d'un conseil scolaire de fermer une école et transférer les étudiants dans un autre établissement<sup>68</sup>, décision fondée sur des motifs démographiques (baisse du taux de fréquentation scolaire) et économiques. Il est vrai que ces affaires ne mettaient pas en cause la Charte. Mais nul doute que les autorités scolaires se réclameront de ce courant jurisprudentiel, ainsi que de l'article premier de la Charte<sup>69</sup>, pour justifier un refus d'accéder pleinement aux demandes des groupes de parents acadiens.

<sup>66</sup>La présidente de la F.F.H.Q., Mme Jeannine Seguin, (telle qu'elle était alors) devant le comité mixte spécial sur la constitution, *op. cit.*, *supra*, note 9, 13:28.

<sup>67</sup>Le paragraphe 52(1) énonce:

52(1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

<sup>68</sup>*MacDonald et al. v. Lambton County Board of Education*, (1982) 37 O.R. 2d 221; *D. et al. v. Board of Education for the city of North York*, (1981), 13 M.P.L.R. 1; *Re Robertson and Niagara South Board of Education*, (1974) 1 O.R. 2d 548.

<sup>69</sup>*Supra*, note 55.



Il faudra donc insister sur le fait que l'article 23 a été conçu dans un esprit de conciliation et de générosité à l'égard des minorités. Un refus des autorités scolaires d'ouvrir une classe ou une école représente non une "restriction" aux droits scolaires, mais bien une "violation" donnant ouverture au recours de l'article 24.<sup>70</sup> La "réparation que le tribunal estime convenable et juste dans les circonstances" peut prendre la forme d'une action en nullité de la loi ou des règlements scolaires fondée sur le paragraphe 52(1)<sup>71</sup> ou une requête pour l'obtention d'un bref de prérogative afin soit de renverser une décision administrative défavorable, soit de forcer les autorités scolaires à agir. Pourrait-on aller jusqu'à ordonner au ministre de procéder à une appropriation suffisante de fonds pour pourvoir à la construction d'une école? Le texte même du paragraphe 24(1) n'y fait pas objection. C'est dans les principes constitutionnels fondamentaux que l'on peut puiser des arguments militant contre une telle solution. En effet, il est reconnu qu'on ne peut taxer sans représenter; ce principe est d'ailleurs consacré l'article 53 de la *Loi Constitutionnelle de 1867*.<sup>72</sup> Les Juges, non élus<sup>73</sup>, pourraient peut-être éprouver des hésitations à utiliser l'article 24 de la Charte pour grever les fonds publics de charges qui n'y avaient pas été prévus; mais en fait, ce geste ne constituerait pas l'imposition d'une taxe au citoyen, et surtout respecterait les prescriptions du paragraphe 23(3) qui évoque clairement la possibilité d'exiger des dépenses de fonds publics.

L'autre objection est de nature procédurale. En principe, la Couronne ne peut être soumise à une injonction;<sup>74</sup> cette prérogative royale ayant été codifiée dans la plupart des provinces,<sup>75</sup> le droit applicable en la matière

<sup>70</sup>Le paragraphe 24(1) énonce:

24.(1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits et libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compaetent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

<sup>71</sup>*Supra*, note 67.

<sup>72</sup>L'article 53 se lit:

53. Tout bill ayant pour but l'affectation d'une portion quelconque du revenu public, ou la création de taxes ou d'impôts, devra prendre naissance à la Chambre des Communes.

<sup>73</sup>Les juges sont nommés par l'exécutif fédéral. Voir l'article 96 de la *Loi Constitutionnelle de 1867*.

<sup>74</sup>Voir *Magee v. R.* (1893), Ex. C.R. 304; Temblav, A., *Précis de Droit constitutionnel*, Montréal, Les Éditions Themis Inc., 1982, p. 39.

<sup>75</sup>L'article 14 de la *Loi sur les procédures contre la Couronne* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.B. 1973 c. P-12, se lit:

14. . . .

(2) Lorsqu'est demandé, dans des procédures contre la Couronne, un redressement qui pourrait, dans des procédures entre particuliers, être obtenu au moyen d'une injonction ou ou par voie d'exécution en nature, le tribunal ne doit pas accorder une injonction ou rendre une ordonnance prescrivant l'exécution en nature contre la Couronne, mais il peut, à la place, rendre une ordonnance déclaratoire des droits des parties.

(4) Le tribunal ne doit en aucun cas accorder une injonction ou rendre une ordonnance contre un fonctionnaire ou un représentant de la Couronne si l'octroi de cette injonction ou de cette ordonnance a pour effet d'accorder à l'encontre de la Couronne un redressement qui n'aurait pu être obtenu dans des procédures intentées contre elle, mais il peut, à la place, rendre une ordonnance déclaratoire des droits des parties.

devient exclusivement le droit statutaire<sup>76</sup>. Or, ce droit statutaire, s'il continue à interdire les injonctions contre la Couronne, est maintenant soumis à la suprématie de la Constitution et de la Charte;<sup>77</sup> et cette dernière confère une discrétion au juge dans le choix d'un remède.<sup>78</sup> Nous soumettons donc que l'immunité relative de la Couronne peut être écartée lorsque le tribunal l'estime nécessaire.

Si l'article 23 peut donc servir à assurer les droits scolaires des Acadiens sur la scène judiciaire, il peut aussi fonder une revendication politique et entraîner des modifications législatives importantes. Nous avons souligné au tout début que de telles modifications ont déjà eu lieu dans les provinces atlantiques. Ce sont ces modifications que nous voudrions maintenant analyser au regard de la Charte.

## 2. LES LOIS SCOLAIRES DES PROVINCES MARITIMES ET L'ARTICLE 23 DE LA CHARTE

Chacune des provinces maritimes a procédé à des modifications récentes de ses lois scolaires, mais nous croyons que ces modifications ne respectent pas toutes les prescriptions de la Charte. À partir de l'analyse précédente, nous allons examiner ces lois en les replaçant dans le contexte historique de développement des droits scolaires de la minorité acadienne de chacune des provinces.<sup>79</sup>

### 2.1 l'Île du Prince-Édouard

#### 2.1.1 Développement historique des droits scolaires

##### a) Période pré-confédérative

C'est en 1769 que l'Île du Prince-Édouard, cédée aux anglais par le *Traité de Paris* en 1763, forme un gouvernement local distinct de celui de la Nouvelle-Écosse.

La première loi scolaire de l'Île date de 1825.<sup>80</sup> Elle accorde une aide financière de l'État à toute école réunissant, le nombre est à noter, 10

<sup>76</sup>A.G. v. *DeKaiser's Royal Hotel Ltd.*, [1920] AC 508, aux pages 526, 538-40, 554, 561-62, 575-76; Brun, H. et Tremblay, G., *Droit constitutionnel*, Montréal, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1982, p. 489; Garant, P., *Droit Administratif*.

<sup>77</sup>Paragraphe 52(1), *supra*, note 67.

<sup>78</sup>*Supra*, note 70, paragraphe 24(1).

<sup>79</sup>Ces renseignements historiques sont tirés des sources suivantes: Bastarache, M., *Droits linguistiques culturels des Acadiens de 1713 à nos jours*, publié dans Daigle, J., *Les Acadiens des Maritimes, études thématiques*, Moncton, Centre d'études acadiennes, 1980, p. 371; Savoie, A., *L'enseignement en Acadie de 1604 à 1970*, *op. cit.*, p. 419; Groulx, Lionel, *L'enseignement en français au Canada*, vol. 2, Montréal, Librairie Granger & freres, 1933 p. 55 ss.; Wilson, Stamp, Audet, *Canadian Education: a history*, Toronto, Prentice Hall of Canada, 1970, pp. 350 ss.

<sup>80</sup>*Schools Act*, (1825), 5 Geo. IV, c. 5.

étudiants mâles. Aucune exigence religieuse ou linguistique n'y est spécifiée. En 1861, toutes les législations relatives aux écoles seront consolidées dans un texte unique, où on retrouve la première mention des Acadiens de l'Île. Si ceux-ci veulent avoir droit au financement public, ils doivent maintenant un minimum de 18 élèves, à défaut de quoi ils devront financer eux-mêmes leur éducation.<sup>81</sup> De plus, l'enseignant Acadien est soumis à trois exigences: il doit d'abord, comme tout enseignant de la province, passer un examen de la commission scolaire où il travaille; il doit ensuite, à défaut de passer cet examen, présenter un certificat émis par le prêtre de la paroisse pour attester de son aptitude à enseigner en français; et confirmer qu'il a enseigné à un minimum de 30 enfants durant 3 mois ou plus. Comme il n'est pas spécifié que le nombre de 30 s'applique à une seule classe, il faut conclure que le minimum de 18 enfants précité continue à s'appliquer et que l'enseignant doit ainsi avoir pris charge d'au moins deux classes. Enfin, l'enseignant doit obtenir un certificat de l'inspecteur d'écoles, établissant qu'il a enseigné un cours en anglais durant les 3 mois précédents. On peut donc conclure que l'enseignement en français était légalement reconnu, mais qu'un minimum d'anglais devait être enseigné.

Selon Alexandre Savoie, en 1854 il y aurait eu 13 écoles françaises sur 169, et en 1858, la proportion aurait été de 20 pour 218<sup>82</sup>. En 1868, une prime de 5 livres était accordée à un instituteur français qui enseignait à une classe d'au moins 10 élèves.<sup>83</sup>

Il y a donc eu à l'Île des dispositions reconnaissant l'existence des écoles françaises, malgré qu'aucun droit à l'enseignement en français n'était consacré.

#### b) La période post-confédérative

La période post-confédérative ne s'est pas avérée fructueuse pour les Acadiens. Ceux de l'Île n'échappèrent à la vague de protestantisme et d'anglicisation qui semble avoir déferlé sur le pays tout entier dans la décennie 1870.

C'est en 1877 qu'est édictée la *Public Schools Act* de l'Île.<sup>84</sup> Cette Loi, fièle au modèle utilisé dans les autres provinces, refond entièrement le

<sup>81</sup>An Act to consolidate & amend the several laws relating to education, (1861), 24 Vict. cap. 36.

<sup>82</sup>Savoie, Alexandre, *Loc. cit.*, *supra*, note 79, à la page 432.

<sup>83</sup>(1868), 31 Vict. c. 6, art. 72.

LXXII. Any Teacher, male or female, who shall in addition to the qualifications, required by this Act, be qualified to teach the French language, and who shall have taught in his School, (French), to a class of not less than ten pupils, shall, on producing from the Board of Education, a certificate of his competency to teach the French language, be entitled to receive five pounds over and above the salary to which such Teacher may be entitled under this Act; provided, the Trustees of such School District do raise the like sum of five pounds for such Teacher by voluntary subscription from the inhabitants, and provided further, that the number of Teachers receiving the aforesaid increase of salary, shall not amount to more than twenty.

<sup>84</sup>(1877), 40 Vict. c. 1, art. 62: les écoles sont non-sectaires mais la lecture de la bible reste permise comme avant. D'autre part, la loi instaure la taxation locale pour financer plusieurs dépenses scolaires. La disposition précédent est abrogée et rien dans la loi ne porte sur la langue de l'enseignement. Les pouvoirs réglementaires du Bureau de l'Éducation sont néanmoins assez vastes pour englober cette matière.

système scolaire, établit l'enseignement obligatoire et neutre. Comme ailleurs, cette Loi souleva l'ire des Acadiens et le gouvernement se vit obligé d'assouplir sa position. Le nouveau Bureau de l'Éducation finit par autoriser l'utilisation de livres français, d'abord supprimés parce que jugés trop religieux; en 1892, un inspecteur acadien est nommé pour surveiller l'enseignement en français dans les écoles acadiennes; en 1893, les enseignants francophones fondent "l'association des instituteurs et institutrices acadiens de l'île du Prince-Édouard". Là s'arrêtent les progrès. Le Ministère de l'Éducation est créé en 1945<sup>85</sup>, mais il ne laisse aucune place identifiée aux Acadiens. Enfin, il faut attendre 1971 pour assister à la réforme majeure des structures scolaires de l'île<sup>86</sup>. Les petites commissions scolaires morcelées sont fusionnées en cinq grandes unités administratives et dans le cinquième unité, dite Évangéline, l'enseignement en français est autorisé.

Enfin, l'année 1980 verra la législature affirmer les droits scolaires des francophones, mais en des termes restrictifs et peu respectueux des prescriptions constitutionnelles.

Le 8 avril 1980, le lieutenant-gouverneur sanctionnait la loi "*An Act to amend the School Act*"<sup>87</sup>, qui entre autres définissait les droits scolaires des francophones de l'île du Prince-Édouard. La nouvelle partie VI de la Loi scolaire ne contient qu'une article, que nous reproduisons en entier:

#### PART VI

##### LANGUAGE OF INSTRUCTION

50.(1) In this section

- (a) "English language education" means a school program using English as the language of instruction;
  - (b) "French language education" means a school program using French as the language of instruction;
  - (c) "mother tongue" means the language first spoken and still understood by a child at the relevant time.
- (2) Each regional school board shall provide either English language education or French language education, depending on the mother tongue of the majority of students within its area.
  - (3) Where a regional school board providing English language education receives a request from a group of parents, representing not less than the prescribed number of children whose mother tongue is French, to also provide a French language education, the board shall provide French language education in accordance with the regulations.
  - (4) Where a regional school board providing a French language education receives a request from a group of parents, representing not less than the prescribed number of children whose mother tongue

<sup>85</sup>*Department of Education Act*, 1945, 9 Geo. VI, c. 11.

<sup>86</sup>*School Act*, (1971), 20 Eliz. II c. 55; R.S.P.E.I. 1974 c. S-2.

<sup>87</sup>*An Act to amend the School Act*, (1980), 29 EL. II c. 48, art. 9; *School Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. S-2.

is English, to also provide English language education, the board shall provide the English language education in accordance with the regulations.

- (5) The Lieutenant Governor in Council may make regulations respecting the circumstances and conditions under which a regional school board shall provide French language education and English language education.

### 2.1.2 Droit d'accès à l'école francophone

Le texte de cette Loi appelle quelques remarques préliminaires en rapport avec notre analyse de l'article 23 de la Charte. On remarquera d'abord que l'alinéa 50(1) c) fait référence à la langue maternelle de l'enfant, critère non pertinent en vertu de la Charte. Deuxièmement, les alinéas 50(1)(a) et (b) mettent en doute notre thèse à l'effet que l'expression "instruction en français" de l'article 23 de la Charte ne peut comprendre l'immersion, puisque cette Loi définit "french language education" comme étant un programme scolaire utilisant le français comme langue d'instruction; or, l'immersion pourrait être incluse à cette définition puisqu'il s'agit d'un programme scolaire et que le français sert de langue d'instruction. À moins que l'on interprète "programme scolaire" comme signifiant un programme régulier... En troisième lieu, le paragraphe 50(2) impose un devoir à la commission scolaire régionale de dispenser l'enseignement dans la langue maternelle de la majorité des étudiants sur le territoire qu'elle dessert. Si ce critère peut être maintenu en ce qui a trait à la langue d'instruction dans la majorité des écoles, confirmant par là une approche territoriale aux droits scolaires, il ne saurait s'appliquer aux droits de la minorité sur le territoire visé. Le législateur l'a reconnu et a prévu aux paragraphes (3) et (4) la possibilité de dispenser un enseignement dans l'autre langue.

Si le nombre requis par le règlement est atteint, la commission scolaire a un devoir, mitigé par un pouvoir discrétionnaire dont nous traiterons un peu plus loin, d'acquiescer à la demande d'un groupe de parents francophones d'avoir des classes françaises. Un défaut d'agir peut donc donner ouverture au mandamus. Cette exigence d'une demande des parents n'est pas conforme au texte même de l'article 23 de la Charte, qui confère un droit positif; même en l'absence d'une demande, ou devant une demande effectuée par un nombre inférieur de parents que celui que requiert la Loi, la Charte peut être invoquée, d'autant plus que le nombre fixé par le règlement est arbitraire alors que la Charte exige que ce nombre respecte certains critères et puisse justifier une dépense. Enfin, la Loi parle du nombre d'enfants de langue maternelle française; or, ce dernier élément ne respecte pas la Charte puisque cette dernière, au paragraphe 23(3), indique clairement qu'il faut prendre en considération le nombre d'enfants *des parents qui ont le droit* de faire instruire leurs enfants en français. Cette incompatibilité irréductible entre la Charte et la Loi rend inopérants les paragraphes 50(3) et (4) de cette dernière.

Conformément à la Loi, un règlement est venu préciser le contenu des garanties conférées par le paragraphe 50(3), visant les droits de la minorité

francophone dans les régions scolaires anglophones. Ces prescriptions ne s'appliquent donc pas à l'unité no 5, laquelle est francophone et assujettie à l'obligation de dispenser son enseignement en français selon le paragraphe 50(1) de la Loi.

Le nombre d'enfants est établi à l'article 5.31 et comprend vingt-cinq (25) élèves. Ce nombre apparaît considérablement élevé au regard des nombres utilisés dans d'autres provinces.<sup>88</sup> S'il est rencontré, la commission scolaire doit dispenser l'éducation en français d'après certaines conditions.<sup>89</sup>

La commission scolaire conserve, même dans ce cas, un pouvoir discrétionnaire puisqu'elle doit décider si le nombre requis peut raisonnablement être rassemblé; mais aucun critère n'a été établi pour guider la commission dans l'exercice de sa discrétion. Si elle en vient à une conclusion négative, la commission scolaire doit néanmoins chercher à satisfaire à la demande en offrant aux enfants d'être transportés jusqu'à un établissement qui dispense une telle instruction (généralement l'unité Évangéline) ou encore de les inscrire au programme d'immersion de la région.<sup>90</sup> De même, au cas où le nombre d'enfants serait inférieur à 25, la commission scolaire peut quand même à sa discrétion offrir l'éducation en français, ou à défaut doit procéder comme décrit ci-haut.<sup>91</sup>

L'inclusion d'un pouvoir discrétionnaire même lorsque le nombre minimum requis est atteint constitue une façon très habile pour le législateur de se décharger honorablement de ses obligations constitutionnelles tout

<sup>88</sup>Ces nombres sont: 15 en Saskatchewan, 23 au Manitoba, et pouvoir discrétionnaire dans les autres cas où la loi prévoit cette possibilité. Seules l'Ontario et le Québec satisfaisaient à la demande d'un seul étudiant, en fournissant du transport.

<sup>89</sup>Paragraphe 5.32(1):

- (1) Where, on or before February 1 in any school year, a request is received under subsection 50(3) of the Act in respect of a number of children, whose mother tongue is French, that is not less than the prescribed number, the regional school board, *if it considers* that the prescribed number of children can reasonably be assembled for the purpose, shall provide French language education for those children in the next school year and shall, in writing, notify the persons making the request to that effect before May 1 in the school year in which the request was made. [Les soulignées sont de nous].
- (3) Where, pursuant to subsection (1), a regional school board considers that the prescribed number of children can not reasonably be assembled for the purpose of providing French language education, the board shall endeavour
  - (a) to arrange for those children to be transported to and be educated in a regional administrative unit that provides French language education; or
  - (b) to accommodate the children in respect of whom the request was received in a French Immersion Program in the regional administrative unit.

<sup>90</sup>Paragraphe 5.32(4):

- (4) Where a request is received under subsection 50(3) of the Act in respect of a number of children, whose mother tongue is French, that is less than the prescribed number, the regional school board may provide French language education for those children, but if it does not do so, it shall endeavour
  - (a) to arrange for those children to be transported to and be educated in a regional administrative unit that provides French language education; or
  - (b) to accommodate those children in a french immersion program in the regional administrative unit.

en ne conférant aucun droit. Nous avons évoqué dans la première partie de ce texte l'hésitation des tribunaux à renverser une décision administrative prise dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Nous soumettons que malgré l'existence de ce pouvoir discrétionnaire, la commission scolaire est néanmoins assujettie aux exigences de l'article 23 de la Charte. De plus, le législateur, au paragraphe 50(3) de la Loi scolaire de l'Île, impose un devoir positif à la commission scolaire de fournir l'éducation en français conformément au règlement, si une demande est présentée par le nombre requis de parents; en transformant cette obligation en pouvoir discrétionnaire, le gouvernement commet une illégalité et les paragraphes 5.32(2) et (3) du règlement deviennent *ultra vires*: on ne peut transformer un pouvoir réglementaire en pouvoir discrétionnaire.<sup>92</sup>

Des deux options offertes à la commission scolaire pour satisfaire à une demande lorsqu'elle juge que le nombre requis d'enfant ne peut être réuni ou lorsque le nombre requis d'enfants n'est pas atteint, seule celle du transport vers une institution dispensant l'éducation en français apparaît conforme à la Charte. L'option de l'immersion ne peut être retenue puisque l'immersion n'est pas "l'instruction en français" au sens de l'article 23 de la Charte. Quant au devoir de transporter les élèves, s'il peut constituer un choix raisonnable, il ne doit pas servir de substitut automatique à l'implantation d'une classe ou école française. La distance que doivent parcourir les enfants francophones ne devrait pas excéder celle que les enfants anglophones doivent eux-mêmes parcourir pour aller à l'école; on doit aussi tenir compte de l'âge des enfants. Il faut se rappeler qu'en vertu de la Charte, les frontières territoriales des districts scolaires ne présentent qu'une relative rigidité; cet expédient administratif pour organiser l'éducation dans la province n'a aucun caractère absolu et les droits linguistiques sont accordés "partout dans la province". Des étudiants de 10<sup>e</sup> année peuvent raisonnablement tolérer de plus grandes distances que des jeunes de 2<sup>e</sup> année.

Enfin, pour les niveaux 10 à 12, il n'y a aucun nombre minimal d'établi; l'article 5.33 indique que la décision relève de la discrétion de la commission scolaire.<sup>93</sup> Cette disposition contrevient à la Charte qui accorde des droits

<sup>92</sup>*Brandt Dairy v. Milk Commission of Ontario*, [1973] RCS 131; Pepin, G. et Ouellette, Y., *Principes de contentieux administratif*, Montréal, éditions Yvon Blais Inc., 1980, p. 158 ss.

<sup>93</sup>Art. 5.33:

- 5.33(1) In respect of Grades 10 and above, where, on or before February 1 in any school year, a regional school board receives a request in respect of a number of children, whose mother tongue is French to provide courses using French as the language of instruction, the regional school board shall, if it considers a sufficient number of children can be assembled for that purpose, provide such courses in the next school year.
- (2) Where a request is received under subsection (1) and the regional school board considers that a sufficient number of children can not be assembled for the purpose of providing courses using French as the language of instruction, it shall endeavour to arrange for the children in respect of whom the request was made to be transported to an enrolled in similar courses provided in another regional administrative unit
- (3) The regional school board shall in writing notify the persons making a request of the outcome thereof and where applicable, of the arrangements made under subsection (2), before May 1 in the school year in which the request was made.

à l'instruction dans sa langue tant au niveau secondaire qu'au niveau primaire.

### 2.1.3 *Matières afférentes à l'instruction en français*

Les programmes et livres, sont établis et approuvés par le ministre<sup>94</sup>; or, aucune structure identifiée du ministère de l'Éducation de l'Île ne gère le programme francophone. Seul un conseiller pédagogique doit veiller à l'élaboration du contenu de ce programme à tous les niveaux, dans toutes les matières. Ce conseiller n'occupant pas un poste d'autorité, ses recommandations peuvent être modifiées par les échelons supérieurs du ministère.<sup>95</sup> Les francophones de l'Île n'ont donc qu'un contrôle minime et insuffisant sur le contenu du programme scolaire. Nous avons indiqué plus haut que l'article 23 de la Charte pourrait, si son interprétation s'avère généreuse, donner accès à des services gouvernementaux de meilleure qualité pour assurer l'instruction en français.

Il en va de même du financement, lequel est assuré entièrement par le ministre<sup>96</sup> après soumission d'un budget par la commission scolaire. Le pouvoir du ministre est entièrement discrétionnaire. Compte tenu des exigences du paragraphe 50(2) de la Loi concernant l'implantation de l'instruction en français dans les quatre régions administratives de l'Île où les francophones sont en minorité, la commission scolaire régionale doit prévoir les sommes requises pour respecter ses engagements dans le budget qu'elle soumet conformément au sous-alinéa 21(2) b) (ii) de la Loi. Comme les francophones ne peuvent faire élire de représentants à ces commissions scolaires à cause du découpage électoral des districts scolaires<sup>97</sup>, ils sont soumis à une double discrétion avant d'espérer un financement adéquat de l'instruction en français. Le découpage des districts scolaires minorise les francophones. Si l'article 23 de la Charte était interprété comme comprenant le droit à la gestion scolaire, ce découpage pourrait être contesté devant les tribunaux.<sup>98</sup> La Charte permet donc aux francophones de toute l'Île, (même de ceux de l'unité no 5 qui, même s'ils sont majoritaires, font partie de la minorité francophone de la province), de réclamer devant les tribunaux les sommes suffisantes pour justifier la prestation d'une instruction de qualité dans leur propre langue.

La loi scolaire de l'Île ne confère nulle part un droit à l'établissement d'écoles homogènes dans les quatre districts scolaires anglophones. L'alinéa 50(1) b) définit l'éducation en français comme un *programme scolaire* utilisant

<sup>94</sup>*School Act, supra*, note 86, paragraphes 5(a) et (c).

<sup>95</sup>Information recueillie auprès de la Société Saint-Thomas d'Aquin, groupe de pression des francophones de l'Île.

<sup>96</sup>*School Act, supra*, note 86, art. 8.

<sup>97</sup>Il revient à chaque commission scolaire d'effectuer ce découpage: *School Act, supra*, note 86, art. 14. Le conseil scolaire compte 15 membres dont dix sont élus et cinq sont nommés par le lieutenant-gouverneur-conseil: *School Act, Id.*, art. 11.

<sup>98</sup>Magnet, J., *loc. cit.*, *supra*, note 24, p. 211.



le français comme langue d'instruction. Il est vrai que l'article 5.34 du règlement permet à une commission scolaire, à sa discrétion, de désigner des écoles ou classes où l'on dispense l'éducation en français; mais cela n'engage nullement la commission scolaire à désigner des écoles homogènes.

La commission scolaire a discrétion pour choisir l'emplacement des écoles sur son territoire, sur approbation du ministre<sup>99</sup>; ce dernier autorise la construction, sur approbation du Lieutenant-Gouverneur-en-Conseil.<sup>100</sup> C'est la commission scolaire qui détermine les conditions d'admission<sup>101</sup> et de fréquentation de ses écoles, conformément au règlement et selon les besoins des enfants et les équipements disponibles<sup>102</sup> (la Loi emploie le mot "facilities", terme utilisé à l'alinéa 23(3) b) de la Charte). Le règlement est plutôt laconique sur la question. L'article 5.28 indique que tout étudiant résidant, ou ayant l'intention de résider dans la province, peut recevoir gratuitement les privilèges scolaires, sauf dans quatre cas marginaux.<sup>103</sup> Les privilèges scolaires comprennent l'enseignement, le transport, les livres, et tous les autres services nécessaires.<sup>104</sup> L'expression "school privileges" peut-elle s'assimiler à "educational facilities" que l'on retrouve à l'alinéa 23(3) b) de la Charte?

Par conséquent, l'établissement de nouvelles écoles homogènes françaises à l'Île est assujéti, selon la Loi, au pouvoir discrétionnaire des autorités scolaires. L'emplacement de l'école relevant de la commission scolaire, elle peut choisir des lieux éloignés des centres francophones pour y ouvrir de nouvelles écoles, puis présenter la duplication inutile des services pour offrir le transport plutôt que l'ouverture d'une classe.

Les Acadiens de l'Île-du-Prince-Édouard font figure de parents pauvres des droits scolaires au regard de leurs congénères de Nouvelle-Écosse, pourtant mal nantis eux aussi. Les garanties constitutionnelles offertes par la Charte ont été transformées en une pléiade de pouvoirs discrétionnaires vagues et mal définis. Mais l'article 23 de la Charte demeure l'autorité prépondérante en la matière, et les insulaires francophones entendent s'en prévaloir. Les gouvernements se sont montrés peu empressés à mettre la Loi en application. L'absence de structure gouvernementale identifiée a contribué à perpétuer l'immobilisme des autorités, et les efforts de la Société Saint-Thomas d'Aquin se sont jusqu'ici avérés infructueux, les incitant à transposer la bataille du côté des tribunaux. Devant un taux d'assimilation frisant les 40%, les Acadiens de l'Île, de plus en plus faibles, perdent intérêt et motivation pour continuer leur lutte. Ils n'ont cependant pas le choix, puisqu'il en va de la survie même du fait acadien à l'Île-du-Prince-Édouard.

<sup>99</sup>*School Act, supra*, note 86, paragraphe 22(2).

<sup>100</sup>*Id.*, alinéa 6(a)(ii).

<sup>101</sup>*Id.*, paragraphe 32(1).

<sup>102</sup>*Id.*, paragraphe 32(2).

<sup>103</sup>EC 674/76, art. 5.28(c), 5.29.

<sup>104</sup>EC 889/80, art. 5.30.

## 2.2 La Nouvelle-Écosse

### 2.2.1 Développement historique

La Nouvelle-Écosse fut la première colonie atlantique à se doter d'une assemblée législative propre. L'histoire de l'évolution des droits scolaires n'y est cependant pas plus reluisante que sur l'Île.

#### a) La période pré-confédérative

L'auteur Savoie déclare:

Après la déportation des Acadiens en 1755, la Nouvelle-Écosse, telle que nous la connaissons aujourd'hui, ne comptait que quelques centaines d'Acadiens, cachés dans les bois; les autres étaient prisonniers à Halifax ou travaillaient pour des Anglais à des prix dérisoires.

Dans de telles conditions, il n'est pas question d'école où les enfants se rassemblent pour étudier les rudiments de la grammaire française et des autres sciences.<sup>105</sup>

Il poursuit en relatant que c'est l'influence des prêtres qui a amené le développement graduel d'un réseau scolaire acadien à la Baie Sainte-Marie et à Chéticamp. La législation scolaire a connu un progrès plutôt lent. En 1732, le lieutenant-gouverneur Armstrong ordonnait que l'on concède des terres pour fin d'éducation. (Cette mesure ne s'appliquait pas encore aux Acadiens). En 1766, la première loi scolaire interdisait, en termes vigoureux, l'érection d'écoles "papistes" donc, par voie de conséquence, françaises;<sup>106</sup> cette restriction fut levée en 1786.<sup>107</sup> C'est néanmoins en 1811 que

<sup>105</sup>Savoie, A., *loc. cit.*, *supra*, note 79.

<sup>106</sup>(1766), 6 Geo III., c. 7: *An Act Concerning Schools and School masters*. Le 2e article se lisait ainsi:

II. Provided, That no person shall presume to enter upon the said office of schoolmaster, until he shall have taken the oaths appointed to be taken instead of the oaths of allegiance and supremacy, and subscribed the declaration openly in some one of His Majesty's Courts, or as shall be directed by the Governor, Lieutenant Governor, or Commander in Chief for the time being, and if any popish recusant, papist or person professing the popish religion, shall be so presumptuous as to set up any school within this province, and be detected therein, such offender shall, for every such offence, suffer three months imprisonment without bail or mainprize, and shall pay a fine to the King of ten pounds; and if any one shall refuse to take the said oaths and subscribe the declaration, he shall be deemed and taken to be a popish recusant for the purposes so before mentioned.

<sup>107</sup>1786, 26 Geo III CAP. 1, art. 1. Cependant, l'article 2 de cette loi préservait l'obligation de prêter serment; ce serment se lisait ainsi, à 23 Geo 3 c. 7:

I A.B. sincerely promise and swear, that I will be faithful and bear true allegiance to His Majesty, King George the Third, and him will defend to the utmost of my power, against all conspiracies and attempts whatever, that shall be made against His Person, Crown or Dignity, and I will do my utmost endeavours to disclose and make known to His Majesty, His Heirs and Successors, all treasons, and traitorous conspiracies which may be formed against Him or them, and I do faithfully promise to maintain, support and defend to the utmost of my power, the succession of the Crown in His Majesty's family, against any person or persons whatsoever, hereby utterly renouncing and abjuring any obedience or allegiance unto the person taking upon himself the stile and title of Prince of Wales, in the life time of His father, and who since His death is said to have assumed the stile and title of the King of Great-Britain, by the name of Charles the Third, and to any other person claiming or pretending a right to the Crown of these realms; and I do swear, that I do reject and detest, as an unchristian and impious position, that it is lawful to murder or destroy any person or persons

la Législature adopte une première "Grammar School Act", laquelle prévoit la nomination de commissaires d'écoles et l'enseignement obligatoire de certaines matières dont le français ne faisait pas partie.<sup>108</sup> Et en 1826, l'éducation fait un nouveau bond alors que la Loi oblige les districts scolaires à ériger des écoles sur demande des deux-tiers des contribuables.<sup>109</sup> En 1832, le législateur raffine encore le système: chaque comté doit être divisé en districts scolaires et doté d'un conseil scolaire, et la province assume le financement des écoles. L'article 17 de cette Loi prévoit expressément le versement d'un montant pour les écoles acadiennes de Halifax<sup>110</sup>—première mention législative d'une réalité factuelle que les autorités doivent tolérer, bon gré, mal gré. En 1841, la Loi reconnaît un droit aux fonds publics pour les écoles où est enseigné le français, le gaélique ou l'allemand.<sup>111</sup> En 1864, la "Public Instruction Act" établit définitivement l'école obligatoire et publique.<sup>112</sup> La Loi de 1918 créa un conseil provincial de l'éducation où les Acadiens n'eurent aucune place.<sup>113</sup> Cette loi eut aussi pour effet d'amener la fermeture des écoles acadiennes là où se trouvait une école publique.<sup>114</sup> Elle défavorisait donc les Acadiens à tout point de vue; pourtant, comme le rapporte Me Bastarache,

D'ailleurs les francophones trouvèrent difficilement le moyen de contester la nouvelle loi, même sur le plan de la non-confessionnalité, les Irlandais catholiques s'y étant ralliés et la population francophone étant encore très peu intéressée à l'éducation. Le calme des Acadiens est d'ailleurs en partie dû au fait que l'instruction de langue française d'est répandue malgré la loi et le programme uniforme, l'unilinguisme chez eux ayant forcé les autorités à faire des compromis.<sup>115</sup>

---

whatsoever, for or under pretence of their being heretics, and also that unchristian and impious principle that no faith is to be kept with heretics. I further declare that it is no article of my faith, and that I do renounce, reject and abjure, the opino that Princes excommunicated by the Pope and Council, or by any authority of the See of Rome, or by any authority whatsoever, may be deposed or murdered by their subjects or any other person whatsoever; and I do declare, that I do not believe, that the Pope of Rome or any other foreign Prince, Prelate, State or Potentate, hath, or ought to have, any temporal or civil jurisdiction, power, superiority, or pre-eminence, directly, or indirectly, within this realm; and I do solemnly in the presence of God, profess, testify, and declare, that I do make this declaration and every part thereof in the plain and ordinary sense of the words of this oath, without any evasion, equivocation or mental reservation, whatsoever, and without any dispensation already granted by the Pope or any authority of the See of Rome, or any person whatsoever, or without thinking that I am, or can be acquitted before God or man, or absolved of this declaration, or any part thereof, although the Pope or any other persons or authority whatsoever, shall dispense with, or annul the fame, or declare that it was null and void.

<sup>108</sup>(1811), 41 Geo III, c.9.

<sup>109</sup>(1826), 7 Geo IV, c. 5.

<sup>110</sup>(1832), 2 Gulielm IV, c. 2.

<sup>111</sup>(1841), 4 Vict., c. 43, art. 14.

<sup>112</sup>(1864) R.S.N.S. c. 58.

<sup>113</sup>Voir *Education Act*, N.S.S. 1918 c. 19 a. 3.

<sup>114</sup>Rawln & Hafter, *Acadian Education in Nova Scotia*, étude no. 11, Commission Royale sur le bilinguisme et le biculturalisme, Ottawa, 1970.

<sup>115</sup>Bastarache, M., *loc. cit.*, *supra*, note 79, p. 393.

*b) Période post confédérative*

Malgré les dispositions législatives restrictives de 1864, l'école acadienne se maintient tant bien que mal en Nouvelle-Écosse.

Si aucune évolution notable ne se manifesta sur le plan législatif entre 1866 et 1980,<sup>116</sup> l'administration néo-écossaise tenta de contrôler l'instruction française dans la province par diverses mesures dans l'ensemble assez boîteuses. Deux commissions d'enquête, en 1902 et 1974, firent des recommandations relativement à ce problème. La première recommandait un enseignement francophone pour les quatre premières années du primaire, anglophone pour toutes les années subséquentes l'utilisation de livres français et la nomination d'un inspecteur acadien.<sup>117</sup> Ces recommandations furent graduellement mises en place mais abandonnées par la suite. Un nouveau programme, plus généreux, fut établi en 1939.<sup>118</sup> La commission Graham de 1974 conseillait au gouvernement de faire montre de générosité et de fournir une éducation francophone complète là où 10% de la population était francophone.<sup>119</sup>

Les modifications les plus significatives survinrent néanmoins en 1981.

Le chapitre 20 des lois de 1981<sup>120</sup> accordait pour la première fois en Nouvelle-Écosse une reconnaissance juridique à l'école acadienne. Fait plus remarquable encore, alors que les législations correspondantes de l'Île-du-Prince-Édouard et du Nouveau-Brunswick évitent de mentionner dans leurs lois respectives l'acadianité de l'éducation dans leur juridiction (préférant le vocable plus neutre de "french instruction" ou "d'éducation dans la langue officielle de la minorité"), la loi néoécossaise définit "Acadian School" et utilise le terme pour désigner une école où l'enseignement se fait en français. C'est là, à notre connaissance, la première et seule mention officielle dans les textes récents d'une réalité spécifiquement acadienne,

---

<sup>116</sup>Voir les refontes de la *Loi scolaire*, RSNS (1923) c. 29, et RSNS (1967) c. 81.

<sup>117</sup>Rawln & Halter, *op. cit.*, *supra*, note 114, pp. 22-23.

<sup>118</sup>*Id.*, p. 29-30.

<sup>119</sup>Rapport Graham, 1974, Imprimeur de la Reine, Halifax, vol. 3, c. 53.

<sup>120</sup>N.S.S. 1981, c. 20.

reconnaissance tacite de la présence de peuples distincts sur le territoire des provinces atlantiques.<sup>121</sup>

Par ailleurs, le ministre de l'éducation de la province a fait parvenir aux commissions scolaires de district un projet de directives en vue de la mise en œuvre des nouvelles mesures législatives. Le préambule de ces directives présente un intérêt remarquable en ce qu'il tente une définition de l'école acadienne de Nouvelle-Écosse. Cette définition comporte cependant des allusions au fait que l'école acadienne n'est pas exceptionnelle, qu'elle doit poursuivre les mêmes buts que toute école de la province. L'exactitude de cet énoncé de principe ne doit pas nous faire perdre de vue que l'uniformité des objectifs tels que "vivre à l'aise dans la société" annoncent déjà le but spécifique de la connaissance de l'anglais à un point tel que l'étudiant acadien puisse y converser "avec confiance et facilité", ce but ne pouvant être atteint qu'en maintenant un enseignement *en anglais* dans les écoles.

Essentiellement, la directive énonce que l'objectif général de l'école néo-écossaise est de former des citoyens responsables et de développer le potentiel, les qualités et compétences *dont la société a besoin* (et non nécessairement celles du jeune lui-même, ce qui dénote une conception plus utilitariste de l'éducation). Le mérite de ces objectifs généraux est qu'ils ajoutent une définition du rôle distinctif de l'école acadienne:

Le rôle de l'école acadienne en Nouvelle-Écosse est a) de contribuer au *maintien* et à *l'avancement* de la langue française et de la culture des Acadiens dans leur province, et b) d'aider les Acadiens à *jouir pleinement de leurs droits* en matière linguistique.<sup>122</sup> [les soulignés sont de nous].

---

<sup>121</sup>Le texte des nouveaux articles de la loi se lit ainsi:

ART. 3 The Lieutenant-Governor-in-Council may

(aa) upon the request of a school board, or the joint request of two or more school boards, and upon the recommendation of the Minister, designate

(i) as an Acadian school, a school that is within the jurisdiction of the board or one of the boards, and

(ii) as the area which is to be served by the Acadian school, an area in which there is sufficient number of children, whose first language learned and still understood is French, to warrant provision of public funds for instruction to be carried out in the French language.

and, where the request is from two or more boards, determine the responsibilities of each board in relation to the school;

ART. 4 The Minister may

(ka) prescribe courses of study and authorize textbooks and related material for use in the schools;

(kb) determine the ratio of instruction in French to instruction in English in Acadian schools, prescribe courses of study in French and authorize French-language textbooks and related materials for use in Acadian schools;

ART. 5A

Principal Language of Administration of Acadian School

5A The principal language of administration of an Acadian school and communication of an Acadian school with the community it serves shall be French.

<sup>122</sup>Lignes directrices (révisées) pour l'établissement d'une école acadienne dans la province de la Nouvelle-Écosse, Ministère de l'Éducation de Nouvelle-Écosse, août 1983, non publiée.

Ces directives énumèrent ensuite 4 objectifs spécifiques; trois d'entre eux ne présentent aucun trait qui ne les distinguent d'autres documents du même genre (l'acquisition d'une capacité linguistique suffisante en français et en anglais, et l'acquisition de connaissances et d'aptitudes propres à permettre au jeune de participer et contribuer à la société), mais un quatrième concerne directement notre propos: "l'acquisition d'une connaissance et le développement d'une appréciation de l'identité acadienne sous toutes ses formes."<sup>123</sup>

Il a fallu plusieurs mois pour que les commissions scolaires de la province approuvent les principes contenus dans ces directives, et entretemps le ministre a refusé de procéder à des désignations d'écoles, tant qu'elles n'auraient pas été officiellement adoptées, retardant ainsi indûment l'exercice par les francophones des droits qui leurs sont dévolus par la loi et la Charte.<sup>124</sup> D'ailleurs, l'absence de directives administratives, non prévues par la loi, ne peut entraver ou retarder l'exercice de droits formellement reconnus par la législation. La décision du Ministre de déférer l'étude des cas qui lui sont soumis jusqu'à l'adoption officielle de directives constitue en droit un refus d'exercer sa juridiction, susceptible d'être corrigée par voie de mandamus ou autre recours équivalent.<sup>125</sup> Pépin et Ouellette indiquent: "Plus simplement, un organisme peut faire défaut d'exercer une compétence en refusant de l'exercer à la suite de la demande d'un intéressé ou en retardant de façon injustifiée de faire connaître sa décision."<sup>126</sup>

Depuis leur adoption en août 1983, plus rien ne s'oppose à ce que l'on procède aux désignations conformément à la loi, mais aucune demande n'est encore parvenue au Ministère à la date où ces lignes sont écrites.

### **2.2.2 Le droit d'accès aux écoles francophones: La désignation obligatoire**

Le paragraphe 3 (aa) de la Loi stipule que la désignation, laquelle conditionne tout l'enseignement en français, doit se faire par le Lieutenant-gouverneur-en-conseil sur recommandation du Ministre, après demande de la commission scolaire. Le pouvoir du cabinet provincial de procéder à la désignation semble absolument discrétionnaire, puisque la condition du nombre s'applique à la délimitation du territoire qui sera desservi par l'école désignée. En spécifiant que la demande peut être faite par plusieurs commissions scolaires, le législateur reconnaît que ce territoire n'a pas à être confiné à un seul district scolaire. L'école dont on demande la désignation doit néanmoins, selon le texte, se trouver sous la juridiction d'une com-

<sup>123</sup>*Ibid.*, paragraphe 2.3.

<sup>124</sup>Lettres du ministre de l'éducation de Nouvelle-Ecosse à la Fédération acadienne de la Nouvelle-Ecosse (FANE), les 16 mai et 18 juillet 1983, non publiées.

<sup>125</sup>Dussault, R., *Traité de Droit administratif canadien et québécois*, Québec presses de l'Université Laval, 1974, T. 2, p. 1282 et 1304, et jurisprudence accompagnant le texte.

<sup>126</sup>Pépin, G., et Ouellette, Y., *op. cit.*, *supra*, note 92, p. 217 et jurisprudence accompagnant le texte.

mission scolaire. Est-ce à dire que l'on ne peut désigner que des écoles déjà construites et qu'on ne peut pas procéder à la construction d'installations neuves destinées à desservir les francophones? Nous étudierons le problème de la construction d'établissements à la prochaine section.

La formulation du paragraphe 3(a) de la Loi ne rencontre pas, en général, les exigences de l'article 23 de la Charte. En effet, alors que la Loi rend obligatoire une demande d'une commission scolaire, la Charte permet une demande directe des parents qui peuvent ainsi faire fi d'une décision négative d'une commission scolaire qu'ils ne contrôlent pas. De plus, alors que la loi délègue au Lieutenant-gouverneur-en-conseil un pouvoir absolument discrétionnaire, sans égard à une condition de nombre, la Charte confère un droit dès qu'un nombre suffisant d'enfants est réuni. En troisième lieu, la Loi relie la condition du nombre au territoire qui sera desservi par l'école désignée ainsi qu'à la langue maternelle des enfants; or, l'article 23 de la Charte ne pose aucune telle exigence territoriale, considère le droit du parent et non de l'enfant et pose trois critères d'admissibilité plutôt qu'un seul. Le paragraphe 3(aa) de la Loi néo-écossaise impose donc des restrictions indues à l'exercice des droits constitutionnels de la minorité acadienne de Nouvelle-Écosse. Certaines de ces restrictions (langue maternelle des enfants comme unique critère, demande par la commission scolaire) sont incompatibles avec ces droits constitutionnels et doivent être considérés inopérants selon le paragraphe 52(1) de la Charte.<sup>127</sup> D'autres par contre pourraient-elles être considérées comme des limites raisonnables dans le cadre de l'article 1?<sup>128</sup> Il semble en effet tout-à-fait raisonnable d'exiger qu'avant d'offrir une éducation en français, on doive s'assurer que les enfants eux-mêmes ont une capacité linguistique suffisante. Nous avons déjà évoqué ce problème, dont les Acadiens eux-mêmes sont conscients, mais nous avons indiqué qu'il pourrait se résoudre par la mise sur pied de classes d'accueil destinées aux enfants assimilés, afin de les intégrer graduellement au réseau français régulier. Exiger que les enfants soient de langue maternelle française nous semble une négation plutôt qu'une restriction des droits.

Le mécanisme élaboré par la Législature de la Nouvelle-Écosse pour assurer le respect des droits scolaires des francophones, par le biais de la procédure de désignation, viole à maints égards les prescriptions de la Charte et peut être considéré inopérant.

### ***2.2.3 Matières afférentes à l'instruction en français***

En principe, le Lieutenant-gouverneur-en-conseil doit prescrire par règlement le programme d'instruction qui doit être dispensé dans les écoles de Nouvelle-Écosse.<sup>129</sup> Cependant, le Ministre a le pouvoir de "prescrire" les cours, la proportion de français et les livres qui seront utilisés dans le

<sup>127</sup>*Supra*, note 67.

<sup>128</sup>*Supra*, note 55.

<sup>129</sup>*Education Act, supra*, note 120, alinéa 3(1)(ix).

écoles acadiennes.<sup>130</sup> Le Ministre semble vouloir exercer ce pouvoir au moyen de l'émission de directives. Or, les professeurs Garant et Issalys semble suggérer que l'utilisation du terme "prescrire" dans une disposition habilitante indique une volonté, peu claire, du législateur à vouloir déléguer un pouvoir de nature réglementaire. Ils déclarent avec à propos: "Le vice fondamental est le même dans tous ces cas: l'information donnée au lecteur est trompeuse ou incomplète . . . Quant à l'habitation implicite, telle le laisse forcément perplexé sur l'existence d'un véritable pouvoir réglementaire."<sup>131</sup>

Les mêmes auteurs ajoutent:

La recherche du maximum de sécurité et de précision dans l'attribution du pouvoir réglementaire ne saurait s'accommoder d'habilitations viciées par une imprécision sur la nature même du pouvoir qu'elles confèrent. L'emploi, même marginal, par le législateur de termes équivoques sur ce point contribue certainement à entretenir l'incertitude actuelle du droit quant à la délimitation des domaines respectifs du règlement et des actes infra-réglementaires.<sup>132</sup>

Devant l'emploi législatif du terme "prescrire", nous devons donc nous rabattre sur le caractère du pouvoir délégué pour évaluer s'il a réellement une portée réglementaire et devrait donc être exercé par cette voie procédurale, rendant ainsi la directive ministérielle *ultra-vires*.

Les auteurs s'entendent assez bien pour définir un règlement comme un texte à vocation normative, générale et impersonnelle, tandis qu'une directive viserait plutôt à fixer des règles de procédure et des critères encadrant les pouvoirs discrétionnaires dévolus à l'administration.<sup>133</sup>

Les règles relatives à la proportion de français et aux cours à suivre semblent avoir ce caractère normatif, général et obligatoire qui indiquerait une volonté législative de voir le Ministre procéder par voie réglementaire plutôt que par simple directive.

Quoiqu'il en soit, les directives prévoient des proportions de cours en français au secondaire, ce qui veut dire un retour à l'école bilingue. Nous avons indiqué que l'interprétation de l'article 23 de la Charte devait, selon nous, exclure ce concept du sens à donner au terme "instruction".

Cette proportion de français est d'ailleurs relativement faible. Au primaire, l'article 3.1 de la directive établit que tous les cours seront donnés en français, sauf bien entendu le cours d'anglais langue seconde qui s'enseigne dès la 3e année. Au secondaire, premier cycle, les étudiants suivent un minimum de 10 cours en français (sur une possibilité de 18 à 20) dont

<sup>130</sup>*Education Act*, *supra*, note 118, alinéa 4(kb).

<sup>131</sup>Garant, P., et Yssalys, P., *Loi et règlement*, travaux du laboratoire de recherche sur la justice administrative (no. 10), Québec, Faculté de Droit, Université Laval, 1981, p. 113.

<sup>132</sup>*Id.*, p. 137.

<sup>133</sup>Garant P. et Yssalys, *op. cit.*, *supra*, note 131, p. 58-60; Pepin, G., et Ouellette, Y., *op. cit.*, *supra*, note 92, p. 63 ss; Dussault, R., *op. cit.*, *supra*, note 125, pp. 717-739; *Troisième rapport du comité spécial sur les instruments statutaires* (rapport McGuigan), 1969, Ottawa, Imprimeur de la Reine, p. 9-10.



un minimum de 3 cours en français par année. Au secondaire, deuxième cycle, la proportion baisse sous les 50%: huit cours seulement doivent être suivis en français, dont un minimum de deux par année.

Les proportions établies au secondaire bafouent le droit à l'instruction en français: cette instruction est diluée au point de perdre tout caractère proprement acadien. Si les droits constitutionnels doivent recevoir quelque portée, il faut qu'ils puissent être mis en oeuvre de façon efficace.

D'ailleurs, la directive prévoit (au paragraphe 5.2.2) une implantation graduelle du programme par année et/ou sujet, pouvant aller jusqu'à 5 ans; et le Ministre a déclaré que ce délai pouvait être allongé dans des circonstances sérieuses. La Charte peut, par le jeu de l'article 1, donner lieu à une implantation progressive, mais 5 ans apparaît comme un délai déraisonnable compte tenu des structures déjà en place.

En Nouvelle-Écosse, il appartient au Ministre de décider de la construction de nouvelles installations ou de l'amélioration des équipements déjà en place, sur demande de la commission scolaire et après autorisation du Lieutenant-gouverneur-en-conseil; le titre en est ensuite cédé à la commission scolaire.<sup>134</sup> La Loi prévoit aussi l'utilisation à des fins scolaires d'immeubles appartenant à une municipalité, ainsi que l'achat, la location ou la réparation, par la commission scolaire, d'immeubles à des fins scolaires, aux conditions que le Ministre juge raisonnables.<sup>135</sup> C'est la commission scolaire, cependant, qui gère et entretient les immeubles et l'équipement.<sup>136</sup> Il semble donc y avoir juridiction conjointe du Ministre et de la commission scolaire en matière de fourniture des équipements; si la décision de construire de nouvelles installations relève du Ministre, celle d'utiliser des immeubles existants relève de la commission scolaire. Lorsque celle-ci fait sa demande de désignation d'école acadienne, elle pourrait donc demander par la même occasion la construction d'un nouvel édifice ou l'adaptation d'édifices existants; ces installations d'enseignement seraient "sous sa juridiction" et respecteraient l'exigence posée par l'alinéa 3(a)(ii) pour avoir droit d'être désignés "écoles acadiennes".

Les réformes de la Nouvelle-Écosse, sauf en ce qui a trait à l'article 5A de la loi relatif à la langue de l'administration des écoles acadiennes (qui sera le français), ne vont donc pas plus loin que celles de l'Île-du-Prince-Édouard et sont tout autant en contravention avec les dispositions de l'article 23 de la Charte. L'histoire des droits scolaires dans ces deux provinces démontre le peu d'empressement de leur majorité respective à garantir la survie de la minorité acadienne de leur territoire.

---

<sup>134</sup>*Education Act* RSNS (1974) c. E-2, article 66.

<sup>135</sup>*Education Act, Id.*, articles 43(2), 48(2) b), 48(7) d) 66(2).

<sup>136</sup>*Id.*, alinéas 67(1) a), b) et c).

## 2.3 Nouveau-Brunswick

Si le Nouveau-Brunswick fait aujourd'hui figure de chef de file en matière de droits scolaires aux maritimes, il n'en fut pas toujours ainsi. Les garanties actuelles, toujours incomplètes d'ailleurs, ne furent acquises qu'au prix d'âpres luttes qui ne sont pas encore éteintes.

### 2.3.1 Développement historique

#### a) Période pré-confédérative

La province fut officiellement fondée en 1784, mais il faut attendre 1816 pour voir la législature néobrunswickoise adopter ses premières lois scolaires significatives.<sup>137</sup> Ces lois introduisent dans la province un pouvoir local de taxation pour fins scolaires, ainsi que l'enseignement obligatoire de la religion anglicane. Refondue en 1829, la loi principale, la "Grammar School Act", à son article 17, supprime cette exigence et, au contraire, interdit tout enseignement religieux.<sup>138</sup> Au Nouveau-Brunswick, comme au Manitoba, la question religieuse prendra donc rapidement le pas sur la question linguistique dans les batailles scolaires.

N'eut été de l'influence des prêtres catholiques et de la relative tolérance du pouvoir, l'enseignement en français serait disparu depuis longtemps au Nouveau-Brunswick. Mais sous l'impulsion de religieux dévoués, soucieux tout autant de la préservation de la foi que de l'éveil d'une conscience nationale, les écoles françaises se disséminèrent dans la province, d'une façon sporadique et sans plan d'ensemble. En 1867, l'enseignement en français Nouveau-Brunswick était une réalité tangible sans reconnaissance officielle.

#### b) Période post-confédérative

Alors qu'en Ontario et au Manitoba, les conflits scolaires commençaient à se développer, le Nouveau-Brunswick, lui explosa dès 1871. La célèbre loi des écoles communes<sup>139</sup> tentait de rayer d'un trait de plume tous les efforts entrepris pour maintenir une quelconque forme d'éducation française. Cette Loi, finalement adoptée par l'Assemblée législative après deux tentatives infructueuses et une élection, imposait l'enseignement universel, gratuit, anglais et neutre. Son article 60 prohibait et l'enseignement religieux, et la manifestation de tout emblème religieux. La résistance à cette Loi dans les milieux acadiens fut très vive. Les évêques catholiques réagirent en recommandant à leurs ouailles de boycotter les nouvelles écoles, instructions qui furent assez suivies dans les premières années. Le député prov-

<sup>137</sup>Grammar Schools Act, (1816), 56 Geo. III, c.21, et "An Act for Encouraging the Creation of Schools", (1816), 56 Geo. III, c.23.

<sup>138</sup>Grammar Schools Act, (1829), 9-10 Geo. IV, c.24, art. 17.

<sup>139</sup>Common Schools Act, (1871) 34 Vict. CAP. 21. Article 60: "All schools conducted under the provisions of this Act shall be non sectarian".

incial Renaud tenta d'avoir recours au paragraphe 93(4)<sup>140</sup> de la *Loi Constitutionnelle de 1867* et voulut obtenir du gouvernement fédéral le désaveu de la Loi de la province. Le gouvernement MacDonalld refusa d'intervenir dans une matière qu'il considérait de la compétence exclusive des provinces. Renaud porta l'affaire devant les tribunaux, arguant que le paragraphe 93(1) de la *Loi Constitutionnelle de 1867*<sup>141</sup> protégeait les droits des acadiens à l'école confessionnelle. La Cour d'Appel de la province, confirmée en cela par le Conseil Privé,<sup>142</sup> choisit de donner une interprétation littérale au texte du paragraphe 93(1) et dans un jugement devenu célèbre, énonça que l'A.A.N.-B. ne protégéait que les écoles qui étaient confessionnelles selon la Loi en 1867; or, au Nouveau-Brunswick, le *Parish Schools Act* de 1858 (la dernière loi scolaire d'importance avant la *Common School Act* de 1871) ne reconnaissait nullement un tel statut spécial et les écoles confessionnelles n'étaient que tolérées dans la province. Le paragraphe 93(1) n'avait donc aucun effet réel au Nouveau-Brunswick. Cependant, l'opposition catholique se maintint. Il fallut même une émeute à Caraquet, en 1875, et la mort d'un jeune garçon tué par un soldat anglais, pour que le pouvoir consente finalement à assouplir quelque peu ce système irrespectueux des droits d'une large part de la population. On permit donc le port de l'habit religieux à l'école ainsi que l'enseignement religieux avant ou après les heures de classe. Attaqué au motif qu'il contrevenait à la Loi de 1871, ce compromis fut reconnu valide par la Cour d'Appel de la province dans *Rogers v. Bathurst School Trustees*.<sup>143</sup> Les efforts des Catholiques francophones se transportèrent aussi de la bataille judiciaire à l'établissement de réseaux scolaires privés. Exclue de toute reconnaissance officielle, les Acadiens se dotèrent au fil des ans, d'institutions, collèges et organismes parallèles en marge du pouvoir public, qui leur permirent d'acquérir la sécurité que ne voulait leur garantir l'état provincial.<sup>144</sup>

En 1966, les multiples petites unités scolaires furent fusionnées, le nombre de conseils scolaires passant de 422 à 33. Cette fusion eut une conséquence directe sur l'enseignement en français. L'homogénéité des petits conseils scolaires disparut et les francophones furent souvent noyés au sein des nouveaux ensembles. Si la réforme eut un effet bénéfique sur la qualité de l'enseignement dans la province, elle amena des difficultés au plan linguistique puisqu'on vit s'établir des écoles bilingues, ces institutions

<sup>140</sup>93(4): Si une Législature néglige d'adopter une loi que le Gouverneur général en conseil peut au besoin juger nécessaire en application des dispositions du présent article, ou si l'autorité provinciale compétente néglige d'exécuter une décision que le Gouverneur général en conseil a rendue à la suite d'un appel logé en vertu du présent article, le Parlement du Canada peut, au gré des circonstances, adopter des lois correctives propres à assurer l'exécution des dispositions du présent article ainsi que de toute décision rendue par le Gouverneur général en conseil sous l'autorité du présent article.

<sup>141</sup>*Supra*, note 39.

<sup>142</sup>*Ex P. Renaud*, (1872-73), 14 NBR 273, Conf. *Mahe c. Town Port Land*, 1874, cité dans Wheeler, *Confederation Law of Canada*, 1896, p. 338.

<sup>143</sup>[1896], 1 N.B. Eq. 266.

<sup>144</sup>Savoie, A., *Un siècle de revendications scolaires en Acadie*, Edmundston, édité par l'Auteur, 1978, Tome I, pp. 230 ss.

où les élèves de chacun des groupes linguistiques reçoivent une partie de l'enseignement dans chacune des 2 langues officielles.

Les luttes pour obtenir des écoles homogènes se firent alors plus âpres dans certaines parties de la province. Graduellement, et au prix de dures revendications, des écoles homogènes francophones furent ouvertes.

Nouveau facteur dans la mise en place de droits scolaires, la *Loi sur les langues officielles*,<sup>145</sup> adoptée par l'Assemblée Législative en 1973, était promulguée le 20 décembre 1976. Son article 12 tenta de régler le problème scolaire.<sup>145a</sup>

Cet article reconnaissait et officialisait, en quelque sorte, le concept d'écoles bilingues. La lutte reprit donc, et il fallut attendre le rapport Finn-Elliott en 1979 pour assister enfin à l'implantation de deux réseaux scolaires parallèles et homogènes.

Ce rapport sur la restructuration des districts scolaires au Nouveau-Brunswick, publié en 1979, démontra clairement la nécessité de réformer la structure scolaire provinciale pour éliminer les districts et écoles bilingues, reconnus pour être de puissants foyers d'assimilation. La troisième recommandation du rapport établissait:

Que tous les districts scolaires soient établis sur une base linguistique, c'est-à-dire en districts d'expression française ou en districts d'expression anglaise, et que ce principe soit clairement énoncé dans la loi scolaire.<sup>146</sup>

Effectivement, les amendements à la loi scolaire de 1981 ont implanté un système original basé sur la compétence linguistique. Chaque district scolaire et chaque école sont censés être homogènes. Dans des cas où existe dans un district scolaire une importante minorité linguistique, celle-ci peut avoir droit de former sa propre institution de gestion, le conseil scolaire de langue minoritaire.

<sup>145</sup>L.R.N.-B. 1973, c.0-1.

<sup>145-12</sup> Dans chacune des écoles publiques, écoles de métiers ou écoles techniques,

- a) lorsque l'anglais est la langue maternelle des élèves, l'anglais doit être la principale langue d'enseignement et le français doit être la langue seconde;
- b) lorsque le français est la langue maternelle des élèves, le français doit être la principale langue d'enseignement et l'anglais doit être la langue seconde;
- c) sous réserve de l'alinéa d), lorsque la langue maternelle d'une partie des élèves est l'anglais et celle de l'autre partie est le français, les classes doivent être organisées de sorte que la langue maternelle de chaque groupe soit la principale langue d'enseignement et que l'autre langue officielle soit la langue seconde; et
- d) lorsque le ministre de l'Éducation décide que le nombre rend impossible l'application des dispositions de l'alinéa c), il peut prendre d'autres mesures en vue de répondre à l'esprit de la présente loi.

<sup>146</sup>*Rapport sur la restructuration des districts scolaires au Nouveau-Brunswick*, 1979, Fredericton, Imprimeur de la Reine.

### 2.3.2 Le système scolaire du Nouveau-Brunswick

#### a) Les districts scolaires et les Conseils scolaires homogènes

L'article 3.1 de la loi scolaire énonce le principe directeur de la réforme: "Les districts scolaires, les écoles et les classes sont organisés sur la base de l'une ou de l'autre des langues officielles du Nouveau-Brunswick".<sup>147</sup> En favorisant cette approche, le Nouveau-Brunswick semble donc se rapprocher d'une solution territoriale au conflit linguistique, du moins en matière scolaire, puisque le législateur ne procède pas en conférant un droit au citoyen mais plutôt en imposant une obligation à l'administration et en structurant l'ensemble du système selon le critère de la langue de la majorité dans un territoire donné. Tout le système s'appuie sur un découpage territorial de districts scolaires linguistiquement identifiés, tout en conférant une protection importante aux minorités résidant sur ce territoire. Sauf dans les cas où il existe déjà un conseil scolaire minoritaire, le conseil scolaire d'un district peut toujours gérer des écoles de l'autre langue officielle, et même organiser des classes de l'autre langue officielle, selon l'article 3.2 de la Loi. Les paragraphes 12(c) et (d) de la *Loi sur les langues officielles* précitée<sup>148</sup> reconnaissent aussi la possibilité, selon leur texte, de maintenir des écoles bilingues. Cependant, les classes elles-mêmes doivent être homogènes et on ne peut l'enseignement en français et le reste en anglais.<sup>148a</sup>

Il semble donc qu'en l'absence d'un conseil scolaire minoritaire sur le territoire du district scolaire, c'est le conseil scolaire principal qui doit répondre aux demandes des personnes de la minorité linguistique du district d'avoir des classes ou des écoles. Ce pouvoir semble absolument discrétionnaire et aucun mécanisme n'est stipulé dans les textes législatifs pour assurer la mise-en-oeuvre du processus. C'est dans un tel cas que l'article 23 de la Charte peut venir suppléer à cette carence et imposer des limites à la discrétion des autorités.

#### b) Les conseils scolaires minoritaires

L'originalité du système néobrunswickois provient sans contredit de l'introduction dans la loi scolaire d'un nouveau concept: celui des conseils scolaires minoritaires. L'existence en est reconnue à l'article 3.3 qui se lit:

3.3 Par dérogation à l'article 3.2, un conseil scolaire ne peut prévoir pour des personnes parlant l'autre langue officielle des classes ou des écoles où la langue d'enseignement est cette autre langue officielle

<sup>147</sup>*Loi Scolaire du N.-B.*, L.R.N.-B. 1973, c. S-5

<sup>148</sup>*Supra*, note 145.

<sup>148a</sup>L'article 3.2 de la loi stipule:

3.2 Par dérogation à l'article 3.1 et sous réserve de l'article 3.3, un conseil scolaire d'un district scolaire organisé sur la base d'une langue officielle peut prévoir pour des personnes parlant l'autre langue officielle des classes ou des écoles où la langue d'enseignement est l'autre langue officielle.

- a) lorsque des districts scolaires organisés sur la base de langues officielles différentes existent dans la même région géographique, ou
- b) lorsqu'un conseil scolaire établi en vertu de l'article 18.1 existe déjà dans le district scolaire.

Et l'article 2 du Règlement 81-156 précise les définitions de ces termes:

2 Dans le présent règlement

"conseil scolaire de la langue minoritaire" désigne un conseil scolaire établi dans un district scolaire quelconque, en application du paragraphe 18.1(1) de la Loi;

"langue majoritaire" désigne, en référence à un district scolaire, la langue officielle sur laquelle est basée l'organisation du district scolaire;

"langue minoritaire" désigne, en référence à un district scolaire, la langue officielle qui n'est pas celle sur laquelle est basée l'organisation du district scolaire.

Il faut faire observer immédiatement que cette disposition, ainsi que les dispositions établissant ses modalités d'application, visent l'établissement d'un conseil scolaire minoritaire et non d'une école. En fait, la version anglaise du paragraph 3 b) du règlement<sup>149</sup> laisse clairement entendre que des écoles homogènes sont nécessairement établies avant ou après la création du conseil scolaire. La version française comporte quant à elle une indication que le processus pourrait mener à l'établissement d'écoles, sans que ce soit une obligation.

L'économie générale de la Loi nous laisse cependant supposer que le texte de la version anglaise est plus compatible avec l'économie générale de la Loi et avec les exigences de l'article 23 de la Charte. La mise sur pied d'un conseil scolaire de la langue minoritaire suppose donc nécessairement l'implantation, antérieure ou postérieure à cette création, d'une ou plusieurs écoles homogènes de la langue minoritaire. La seule base juridique supportant la création d'écoles seulement, ou de classes, réside donc dans l'article 3.2 de la Loi, tel que nous l'avons mentionné plus haut.

Le paragraphe (a) de l'article 3.3 de la Loi interdit la mise sur pied d'écoles de la langue minoritaire lorsque coexistent déjà deux districts scolaires dans une "même région géographique". Cette disposition vise le cas où les communautés linguistiques d'une région furent toutes deux jugées d'importance suffisante pour les doter de conseils scolaires autonomes, plutôt que d'un conseil scolaire régulier et un conseil scolaire de langue minoritaire.<sup>150</sup> L'unilinguisme du réseau scolaire et ainsi préservé, et un conseil scolaire d'une langue ne peut alors gérer des écoles ou classes d'une autre langue.

L'article 18.1 de la Loi indique la procédure à suivre pour obtenir la création d'un conseil scolaire de langue minoritaire. Le paragraphe (b) en

<sup>149</sup>Règlement 81.156, D.C. 81-773, 1981 Gazette Royale Vol. 139, p. 2498.

<sup>150</sup>C'est notamment le cas de la région de Moncton qui compte environ 40% de francophones. Cette région englobe donc un district scolaire francophone et un district scolaire anglophone.

est remarquable puisqu'il respecte la plupart des exigences de l'article 23 de la Charte.<sup>150a</sup>

On constate que la demande doit être faite par les parents, que l'on doit considérer la langue de ceux-ci et non celle des enfants, et que le nombre d'enfants n'est pas trop élevé compte tenu qu'il s'agit d'obtenir une structure de gestion scolaire, et non seulement une classe. La seule réserve provient du fait que ce droit est limité à un nombre d'enfants de niveau élémentaire, alors que la Charte couvre nettement aussi l'éducation secondaire.

Cette disposition est aussi la seule, de toutes celles étudiées, qui impose au ministre une obligation positive d'agir. Le paragraphe (a) de l'article 18.1 préserve la discrétion de ce dernier d'agir de sa propre initiative, sans égard au nombre d'enfants ou à une demande formelle d'un nombre suffisant de parents.

Le règlement 81-156<sup>151</sup> vient enfin compléter ce mécanisme en spécifiant les conditions requises pour devenir conseiller scolaire ou faire une demande. L'article 3 précité est pertinent à notre propos. Nous avons déjà cité le paragraphe (b), qui impose aux parents de déclarer que leurs enfants fréquentent les écoles administrées par le conseil scolaire minoritaire. Nous avons indiqué, dans l'étude des dispositions générales de l'article 23 de la Charte, que selon nous cette exigence limite les droits constitutionnels en ce qu'elle restreint le calcul du "nombre qui justifie" aux seuls enfants qui fréquenteront l'institution demandée par les parents. Le paragraphe 3(a) du règlement confirme cette attitude du législateur néobrunswickois.

Si elle se justifie au plan administratif en garantissant que les efforts des pouvoirs publics pour satisfaire une demande porteront des fruits, cette mesure représente néanmoins une restriction assez sévère à l'exercice par les citoyens de leurs droits constitutionnels. La Charte ne précise pas quant à elle si le droit conféré aux paragraphes 23(1) et (2) s'exerce seulement pour les parents qui ont des enfants d'âge scolaire. Bien sûr, cette exigence pourrait, et sans doute à juste titre, être considérée comme une limite raisonnable dans le cadre de l'article 1 de la Charte; mais si elle n'a peu de conséquence au Nouveau-Brunswick en 1983, où se manifeste encore

<sup>150a</sup>L'article 18.1(1) Par dérogation à l'article 3.1 et au paragraphe 17(1) et sous réserve du paragraphe (2), le Ministre

b) doit établir dans un district scolaire, en plus du conseil scolaire établi en vertu du paragraphe 17(1), lorsque des parents

(i) qui résident dans ce district scolaire,

(ii) dont la langue est une langue officielle qui n'est pas la langue officielle sur la base de laquelle le district scolaire est organisé, et

(iii) qui sont les parents d'au moins trente enfants en âge scolaire au niveau élémentaire

lui présentent une requête conformément aux règlements, un conseil scolaire pour le groupe de ce district scolaire dont la langue officielle n'est pas la langue officielle sur la base de laquelle le district scolaire est organisé, dans un délai de six mois à compter de la réception par le Ministre de cette requête.

<sup>151</sup>*Supra*, note 149.

une volonté de préserver le fait français, il n'en sera peut-être pas toujours ainsi, et ce n'est certes pas le cas dans d'autres provinces où la minorité francophone est plus faible. Lier l'exercice des droits scolaires à l'exigence d'une demande et d'une garantie que les demandeurs entendent ensuite renier leur libre choix de la langue d'enseignement de leurs enfants et les envoyer, pour la durée complète de leurs études, à l'institution demandée, revient à cerner et restreindre l'exercice de droits constitutionnels à des conditions non prévues dans la Charte.

### c) *Matières afférentes*

Le système scolaire de la province est centralisé. C'est le Ministre qui établit le programme d'étude, approuve le choix des livres, et fournit le financement.<sup>152</sup> Le conseil scolaire veille à l'embauche du personnel et l'administration du programme.

### 2.3.3 *La portée de la réforme*

Lorsque ces dispositions ont été adoptées, elles ont été dans l'ensemble assez bien accueillies par la population. De fait, plusieurs conseils scolaires de langue minoritaire ont été implantés jusqu'à présent dans la province. Mais des heurts subsistent encore. L'un des problèmes les plus aigus, touchant encore les écoles bilingues, vient de recevoir une solution judiciaire qui jette un éclairage intéressant sur la réforme scolaire. Il s'agit de l'affaire *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick v. Minority Language School Board No 50*<sup>152a</sup>. Il convient donc de nous attarder sur ce jugement, l'un des premiers au Canada à analyser en profondeur des problèmes scolaires très actuels.

Les faits peuvent être résumés ainsi. À Grand-Sault, dans le Nord-Ouest du Nouveau-Brunswick, le Conseil Scolaire de langue minoritaire (anglophone) avait admis dans ses classes régulières plusieurs francophones. Il avait aussi admis des francophones dans son programme d'immersion. Deux groupes de pression Acadiens, la Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick et l'Association des Conseillers scolaires francophones du Nouveau-Brunswick, se sont insurgés contre cette pratique et on réclamé une injonction contre ce Conseil Scolaire. En fait, les demandresses voulaient que la Cour interprète la réforme scolaire comme ayant implanté l'unilinguisme scolaire obligatoire et ayant aboli le libre choix de la langue d'enseignement.

Dans un jugement innovateur,<sup>153</sup> le Juge-en-chef de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, le Juge Richard, n'a pas voulu aller aussi loin.

<sup>152</sup>Loi scolaire, *supra*, note 147, art. 6, 8, 9.

<sup>152a</sup>*Supra*, note 14.

<sup>153</sup>*Supra*, note 14.



Il a cependant reconnu d'abord que l'école bilingue, selon la preuve d'expertise non contredite, représentait un foyer d'assimilation, puis a déclaré sans ambages: "Il est donc axiomatique que le législateur a arrêté son choix de façon définitive. Il ne doit plus y avoir d'écoles bilingues au Nouveau-Brunswick."<sup>154</sup> Cette conclusion découle d'une analyse lucide tant de la preuve d'expertise que des textes législatifs en cause. Le Juge-en-chef Richard n'a pas hésité à retenir les témoignages de linguistes réputés et hauts-fonctionnaires de l'éducation, confirmant implicitement l'importance primordiale de ce genre de preuve dans les litiges futurs qui mettront la Charte en cause. Faisant ensuite l'analyse de la preuve relative aux méthodes d'apprentissage de la langue seconde, il reconnaît que la présence de francophones dans des cours d'immersion française d'une école anglophone constitue l'une des pires façons d'arriver à un bilinguisme additif. Comme il est possible, toujours selon la preuve, de déterminer de façon adéquate la langue maternelle d'un élève ainsi que son niveau d'habileté en langue seconde, le Juge-en-chef conclut qu'il revient aux enseignants d'effectuer cette évaluation et qu'ils ne doivent pas admettre dans leurs cours réguliers des étudiants qui n'ont pas une connaissance suffisante de la langue principale d'enseignement. Cette conclusion est applicable au paragraphe 23(1) a) de la Charte concernant le droit des parents de langue maternelle française à exiger l'éducation en française de leurs enfants: le niveau linguistique des uns et des autres peut se déterminer par une preuve adéquate.

Mais le fond du litige demeurait l'accès des francophones aux écoles d'un district scolaire minoritaire anglophone. Il restait donc à la Cour à se demander si la réforme scolaire avait aboli le libre choix des parents du réseau scolaire, et sinon, si ce libre choix était un droit absolu ou pouvait être limité de quelque façon.

Se fondant sur l'article 3.3 de la Loi, la Cour énonça les motifs pour lesquelles la solution préconisée par les demanderesses, la négation du libre choix, ne devrait pas être entérinée. D'abord, les allophones doivent pouvoir, eux aussi, fréquenter une école; n'étant ni de langue maternelle anglaise ni de langue maternelle française, ils doivent néanmoins pouvoir s'intégrer à un réseau scolaire. Il en va de même de familles mixtes (les deux conjoints sont de langue maternelle différente et les enfants parlent indifféremment l'anglais et le français), nombreuses en cette province, ainsi que des enfants assimilés. L'unilinguisme scolaire préconisé leur créerait de nombreuses difficultés. Et au plan strictement juridique, le Juge-en-chef fait remarquer:

L'article 3.3 ne comporte aucune indication que le législateur avait l'intention d'exclure tous les francophones de l'école anglaise et tous les anglophones de l'école française. Une telle volonté aurait nécessité un langage clair et sans équivoque, qui aurait entraîné une modification de l'article 3.3 ou encore l'addition d'un article à la présente loi scolaire . . .

<sup>154</sup>Jugement, p. 27.

L'article 3.3 a donc comme signification et but d'empêcher un système scolaire quelconque d'instruire ses élèves à la fois dans les deux langues officielles comme principale langue d'enseignement. Je le répète, elle signale la fin de l'école bilingue dans notre province.<sup>155</sup>

La Cour fait une analyse semblable de l'article 12 de la *Loi sur les langues officielles*.<sup>156</sup>

Ainsi, le choix du réseau scolaire continue d'exister au Nouveau-Brunswick, mais la Cour s'attache à la fin du jugement à démontrer qu'il est assujéti à une condition découlant de la logique même: l'étudiant doit posséder une connaissance suffisante de la langue d'instruction de réseau scolaire qu'il fréquente. C'est à ce niveau que l'on peut situer les faiblesses les plus apparentes du jugement. D'une part, ce libre choix reconnu par la Cour comme étant supérieur à loi scolaire, n'est ni clairement qualifié ni appuyé par la preuve ou la jurisprudence. La Cour parle du "libre choix des élèves (ou parents) de recevoir leur éducation dans l'une ou l'autre des deux langues officielles, indépendamment de leur langue maternelle"<sup>157</sup> ou indique que "le législateur provincial a toujours été en mesure d'éliminer le libre choix du système scolaire aux élèves . . .";<sup>158</sup> elle voit dans le paragraphe 3(b) du règlement:<sup>159</sup> "une intention de libre choix semble se dégager de cet article".<sup>160</sup> Mais elle nie qu'il y ait un "droit au libre choix" fondé sur la coutume,<sup>161</sup> tout en reconnaissant que "le libre choix est donc admis suivant la pratique actuellement reconnue . . ."<sup>162</sup> et elle conclut son jugement en déclarant que "le *droit parental* d'inscrire l'élève dans l'un ou l'autre des deux systèmes scolaires parallèles et homogènes sur le plan de la langue continue d'exister au Nouveau-Brunswick . . ."<sup>163</sup> [Les soulignés sont de nous].

Il n'a pas été mis en preuve de façon positive au procès que l'ensemble de la population du Nouveau-Brunswick croyait à une pratique de libre choix, et ce fait échappe à la connaissance judiciaire. Et s'il ne s'agit que d'une pratique, l'emploi de l'expression "droit parental" en conclusion du jugement s'avère malheureuse. D'autre part, s'il se dégage du règlement une intention de préserver le libre choix, cette intention semble niée par la Loi elle-même.

Effectivement, rien dans le droit canadien ou la littérature juridique ne permet de conclure que s'est développé, en *common law*, un droit au libre choix de la langue d'enseignement. En général, il appartient aux

<sup>155</sup>*Id.*, p. 57.

<sup>156</sup>*Supra*, note 145.

<sup>157</sup>Jugement, *supra*, note 14, p. 58.

<sup>158</sup>*Id.*, p. 61.

<sup>159</sup>*Supra*, note 149.

<sup>160</sup>Jugement, *supra*, note 14, p. 62.

<sup>161</sup>*Ibid.*

<sup>162</sup>Jugement, p. 64.

<sup>163</sup>*Id.*, p. 70.

commissions scolaires de décider des critères d'envoi des enfants à telle ou telle de leurs écoles, mais jamais le problème n'avait encore été posé en termes linguistiques (sinon dans le contexte précis du Québec, et les prescriptions de la *Loi 101* à cet égard ne concernaient, en fait, que les anglophones de l'extérieur du Québec). Devant la possibilité offerte de jeter un éclairage nouveau sur ce problème, la Cour a décidé la question d'une façon quelque peu ambiguë, multipliant les contradictions et semblant prendre pour acquis un fait que la communauté juridique aurait eu avantage à voir analysé avec plus de rigueur.

Il en va de même de la condition imposée à l'admission de francophones à l'école anglaise, soit le niveau linguistique suffisant. Il est vrai que les commissions scolaires ont le pouvoir d'imposer des conditions à l'admission des étudiants, et la jurisprudence citée par le Juge-en-chef le démontre.<sup>164</sup> Mais justement, elles ne l'ont pas fait dans ce cas-ci et la Cour s'est crue autorisée à suppléer d'office au silence des législateurs habilités à trancher ces questions. Le jugement indique qu'au Nouveau-Brunswick, "l'admissibilité peut être règlementée par le biais du pouvoir général prévu à l'article 6 de la loi scolaire".<sup>165</sup>

Ce pouvoir est dévolu au ministre et non à la Cour, et le Ministre ne l'avait pas encore exercé en matière de tests d'aptitude linguistique. La Cour fonde néanmoins sa conclusion sur l'absurdité de la proposition inverse:

Ayant ainsi conclu sur l'interprétation des parties pertinentes de ces lois, il serait cependant dangereux de s'arrêter là, puisque l'on pourrait alors conclure que les parents ont le droit d'inscrire leurs enfants dans le système scolaire de leur choix, indépendamment de leur niveau de compréhension de la principale langue d'enseignement. Une telle proposition serait absurde. Si le législateur n'a pas retenu la recommandation de créer des tests linguistiques comme le proposait le rapport Finn-Elliott, il ne peut quand même pas vraisemblablement être présumé avoir autorisé les parents d'un enfant unilingue à inscrire librement dans une classe destinée à l'instruction des enfants de l'autre langue. Les droits des autres enfants seraient alors brimés. Ce danger ne me paraît cependant pas suffisant pour élargir la portée de l'article 3 de la *Loi scolaire* au-delà de son objectif fondamental, soit la mise en place de systèmes scolaires homogènes distincts accessibles à ceux qui sont qualifiés pour y suivre les cours. Il faut se rappeler aussi que l'admissibilité tombe sous le pouvoir réglementaire prévu à l'article 6 de la *Loi scolaire*.<sup>167</sup>

<sup>164</sup>*Id.*, p. 63-64.

<sup>165</sup>*Id.*, p. 64.

<sup>166</sup>L'article 6, *supra*, note 147, dispose:

6 Le Ministre

a) peut prescrire ou approuver

- (i) l'organisation scolaire et les cours d'enseignement pour tous les districts scolaires,
- (ii) les méthodes d'appréciation de l'organisation scolaire et des cours d'enseignement prescrits ou approuvés en application du sous-alinéa (i).

<sup>167</sup>Jugement, *supra*, note 14, p. 59-60.

Les tribunaux ont le pouvoir de suppléer au silence du législateur, mais non de légiférer à sa place. S'il appartenait au ministre d'édicter un règlement pertinent en vertu de l'article 6, ce n'est pas à la Cour de le faire: le champ juridictionnel est occupé, comme la Cour l'indique-elle même à la page 63. Et si la Loi "reconnait implicitement" l'exigence d'une connaissance suffisante de la langue choisie, reconnaissance qui n'apparaît pas au premier abord, il aurait fallu indiquer par quel raisonnement la Cour en arrivait à cette conclusion. Celle-ci peut s'avérer juste, logique et raisonnable, sa motivation juridique est néanmoins plutôt mince.

Enfin, le Juge-en-chef a livré un obiter intéressant sur l'article 23 de la Charte. Il déclare:

À mon humble avis, la Charte au Nouveau-Brunswick ne vise que les droit de la minorité francophone à une éducation *en français*. À part les cas prévus au paragraphe 2 de l'article 23, la Charte ne contient aucune disposition constitutionnelle en ce qui à trait à la langue d'instruction de la majorité et n'assure en aucun cas le droit de la minorité linguistique à une éducation dans la langue de la majorité.<sup>108</sup>

Ce passage nous laisse entendre que l'article 23, dans son ensemble, se limite aux droits de la minorité francophone à recevoir une éducation en français, et ne peut, "en aucun cas", créer un droit pour les francophones de fréquenter l'école anglophone; pourtant, le paragraphe (2) de l'article 23 pourrait viser l'instruction dans la langue de la majorité. Nous avons déjà évoqué le problème posé par ce paragraphe 2 qui édicte, rappelons-le, que les parents dont un enfant reçoit son instruction dans une langue ont droit de faire instruire tous leurs enfants dans cette langue. Si cette disposition permet à un parent anglophone d'envoyer tous ses enfants à l'école anglaise, comme semble vouloir le dire le Juge-en-chef, pourquoi le même résultat ne s'appliquerait-il pas à un francophone dont un enfant fréquente l'école anglaise? Le texte même du paragraphe (2) n'y fait pas obstacle, et l'on voit mal ce qui a motivé le Juge-en-chef à dire au "en aucun cas" cette éventualité n'était permise. Effectivement, le paragraphe (2) pris en lui-même peut donner à la minorité un droit à l'éducation dans la langue de la majorité, mais sous réserve, selon le jugement, de la capacité linguistique de l'élève.

Cet arrêt a donc le mérite de clarifier plusieurs points relatifs aux droits scolaires:

- l'immersion doit être destinée strictement à l'apprentissage d'une langue seconde, et non à l'instruction directe dans la langue maternelle;
- l'école bilingue est un foyer d'assimilation;
- l'école bilingue a été abolie au Nouveau-Brunswick;
- les parents conservent le libre choix du réseau scolaire;

<sup>108</sup>*Id.*, p. 64-65.

- ce choix est limité par la capacité linguistique de l'élève à suivre les cours dans la langue d'instruction visée;
- le Conseil scolaire a le droit et le devoir de déterminer cette capacité linguistique et d'exclure de son réseau les élèves n'ayant pas un niveau linguistique suffisant;
- la Charte ne conférerait pas à la minorité un droit à l'instruction dans la langue de la majorité.

Ainsi, le Nouveau-Brunswick est la province qui, des trois provinces maritimes, respecte le mieux les impératifs de l'article 23 de la Charte, malgré certaines lacunes soulignées plus haut. Celles-ci s'avèrent, d'ailleurs, dans le contexte actuel de la province, plus théoriques que pratiques: ce n'est pas du Nouveau-Brunswick que proviendront, dans au avenir rapproché, les litiges les plus épineux portant sur l'interprétation des droits constitutionnels à l'instruction en français.

### 3. L'EFFET DE LA JUDICIARISATION DES CONFLITS SCOLAIRES

Nous nous sommes attardés dans un premier temps à souligner les principaux éléments de l'article 23 de la Charte, puis dans un second temps à tester les lois scolaires des trois provinces maritimes à la lumière de ces garanties. Cet exercice ne représente cependant que l'un des aspects multiples de la question des droits constitutionnels en matière scolaire. En effet, il ne suffit pas de procéder à une analyse somme toute technique d'une législation pour pouvoir évaluer tout l'impact qu'aura, à long terme, l'insertion de garanties de la nature de l'article 23 dans la loi fondamentale de notre État. La multiplication des litiges, si elle se produit, entraînera probablement un durcissement du climat entre parents et administrateurs, propre à modifier fondamentalement la nature des relations entre les divers intervenants scolaires. L'attitude des tribunaux face non seulement aux affaires qui leur seront soumises, mais aussi et surtout face au degré d'implication qu'ils désirent atteindre dans le domaine scolaire, influencera tout le processus de prise de décision en matière scolaire, traditionnellement réservé aux corps politiques et aux professionnels de l'éducation.

La jurisprudence et la littérature canadiennes sont particulièrement pauvres sur cette question. Jusqu'à présent, les principaux commentateurs de la Charte se sont attardés au rôle du judiciaire dans l'application de celle-ci, sur un plan strictement général et fondé sur l'attitude antérieure de la magistrature devant des questions constitutionnelles fondamentales et la nature exceptionnelle de la Charte.<sup>169</sup> Mais les tribunaux canadiens

<sup>169</sup>Voir entre autres, *The New Constitution and the Charter of Rights, Fundamental Issues and Strategies*, Belobaba & Gertner, ed., [1982] *Supreme Court Law R.*; *The New Constitution and the Charter: Background, Analysis, and Commentary*, (1983), 8 *Queen's L.J.*; *La Charte Canadienne des Droits et Libertés*, (1983), 61 *Can. Bar. Rev.* no. 1; Tarnopolsky et Beaudouin, ed.: *The Canadian Charter of Rights and Freedoms—Commentary*, Toronto, Carswell, 1982.

s'étant jusqu'à présent tenus éloignés des problèmes scolaires, de la décision de fermer une école à l'imposition de mesures disciplinaires aux élèves, il est difficile de se livrer à un exercice de prospective sans connaître la tendance qu'ils adopteraient devant ces questions. Un auteur a mis en relief avec pertinence les causes de silence ainsi que les conséquences possibles d'une judiciarisation accrue de ce secteur de l'activité humaine:

With a legal right to an adequate education, however defined, the school authorities would be exposed to judicial "interference" as they sometimes are effectively in the United States. The prospect of "horrendous lawsuits", as described by a recent Ontario Minister of Education, might indeed be embarrassing to the school authorities who would be weighed in the balance by an impartial observer. But this is what is meant by the rule of law—and also by Article 10 of the Universal Declaration of Human Rights. There is no reason why the educational authorities should enjoy more immunity from judicial criticism than hospitals and doctors, for example. To the argument that the Ministry (or even the school board) knows better than the judges what constitutes proper educational standards, we may answer that judges are well accustomed to weighing expert evidence on matters beyond their own knowledge. There is the further point that a judge's horizon is at least potentially far wider: the educational authorities refuse to listen to anyone whose expertise has not been certified in the province; but the courts will listen to anyone who demonstrates his knowledge, and legislation which sought to limit them to experts locally certified would hardly be tolerated.

This then is the scene for normal children whose legal rights have so far founded no litigation other than the occasional decision of a board to close a particular school and transfer its pupils to another.<sup>170</sup>

Il n'y a peut-être pas encore, dans nos lois scolaires, de droit à une éducation adéquate, mais il y a dans notre *Charte canadienne des droits et libertés* un droit constitutionnel à une éducation dans sa langue, qui peut avoir un impact sérieux sur divers problèmes habituellement dévolus soit aux ministères de l'éducation, soit aux conseillers scolaires. Nous les avons évoqués tout au long de cette étude, mais il est possible d'en faire ici une synthèse, nullement exhaustive. La revendication judiciaire d'une classe ou d'une école aura un impact certain sur la délimitation territoriale des districts scolaires et les arrangements administratifs inter-district, la décision de construire une école, d'utiliser des bâtiments existants ou d'acheter ou louer des édifices ou locaux, le choix d'un emplacement adéquat, l'appropriation des fonds nécessaires et les ententes fédérales/provinciales à cet effet, la mise sur pied d'un programme d'étude cohérent et du matériel pédagogique requis, le choix des professeurs (à cet effet, un professeur de Vancouver, ayant contesté publiquement en sa qualité de parent la compétence d'un confère anglophone chargé d'enseigner la classe de français, fait face à des poursuites judiciaires) ainsi que le niveau linguistique des étudiants (tel que souligné par le Juge-en-chef Richard dans l'affaire S.A.N.-B. précitée<sup>171</sup>).

<sup>170</sup>Smith, J. Clarence. *The right to an appropriate education: a comparative study*. (1980). 12 Ottawa L.J. 367. pp. 373-4.

<sup>171</sup>*Supra*, note 14.

Toutes ces questions ne feront sans doute pas l'objet de contestations judiciaires, à cause de la tradition canadienne régler ces problèmes par la négociation ou, tout simplement, de s'en désintéresser. En effet, ces sources potentielles de litiges ne pourront être exploitées que si des parents vigilants et déterminés choisissent le forum judiciaire pour y porter un débat qui, jusqu'ici, en a été exclu. Analysant les recours ouverts à une personne à qui l'on a refusé l'accès à une éducation de qualité, un auteur canadien déclare:

One who faces such denials has, prospectively, three sorts of recourses: he may seek, by political means, to extend the availability of public resources; he may seek to persuade those in charge of educational institutions to respond to his claim; or he may claim, as legal right, redress from the legal system in the jurisdiction or jurisdictions in which the denial occurs.<sup>172</sup>

Nos voisins du Sud ont une longue tradition de luttes scolaires devant les tribunaux. Si les thèmes en sont différents—déségrégation forcée,<sup>173</sup> niveaux de taxation scolaire,<sup>174</sup> garanties procédurales en matière disciplinaire,<sup>175</sup> procédures et critères d'admission<sup>176</sup>—l'effet, lui, est le même: les juges américains se sont trouvés plongés dans les questions d'éducation et ils ont manifesté sans équivoque leur désir de s'y impliquer:

Education has a unique impact on the mind, personality, and future role of the individual child. It is basic to the functioning of a free society and thereby evokes special judicial solicitude.<sup>177</sup>

To more traditional matters such as school desegregation and state aid for parochial schools, the court has now added a generalized concern for with the fairness of educational policy.<sup>178</sup>

L'attitude de la Cour Suprême américaine a eu un impact profond sur ce développement:

Needless to say, the supreme court has played a key role in affirming the basic commitment of the courts to legalization in public schools.<sup>179</sup>

<sup>172</sup> Armour, Leslie, *Social principle, Law and education*, (1975), 14 Univ. Western Ontario L.R. 131, p. 132.

<sup>173</sup> *Brown v. Board of Education*, 349 U.S. 753 (1954).

<sup>174</sup> Glickstein, H. et Wart, W., *Inequality in school financing: the role of the law*, (1973), 25 Stanford L.R. 335.

<sup>175</sup> *Goss v. Lopez*, 419 U.S. 565 (1975), et *Wood v. Strickland*, 420 U.S. 308 (1975). Dans ces arrêts, la Cour Suprême a exigé qu'une suspension disciplinaire temporaire soit assujettie au "due process" du 14<sup>e</sup> amendement et devait être précédée d'une audition informelle et que les administrateurs passant outre à cette exigence étaient sujets à des dommages-intérêts. Voir: *Implications of Goss v. Lopez et Wood v. Strickland for educators: proceedings of the National institute for education conference*, (1975), 4 Journal of Law and Education, p. 565 ss.

<sup>176</sup> *De Funis v. Odguard*, 416 U.S. 312, (1974); *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

<sup>177</sup> *Van Dusart v. Hatfield*, 334 F. Supp. 870 (1971), p. 875 (D. Minn.).

<sup>178</sup> Wilkinson, J.H. *Goss v. Lopez: The Supreme Court as School Superintendent*, [1975] Supreme Court Review (US) 25.

<sup>179</sup> Yudof, Mark *Legalization of dispute resolution, distrust of authority, and organizational theory: implementing due process for students in the public school*, [1981] Wisconsin L.R. 891, p. 897.

Les conséquences de cette situation doivent donc être analysées sommairement, car elles nous indiquent ce que pourrait devenir le droit scolaire canadien si la judiciarisation des conflits se poursuit. Les groupes de pression américains ont donc envahi les tribunaux, dans un but parfois plus stratégique que juridique. En effet, les litiges s'accompagnent de diverses mesures destinées à accentuer la pression sur les autorités scolaires: conférences de presse et publicité, demande de dommages généraux et punitifs accompagnant les requêtes en injonction, demande de remboursement des frais d'avocat (attorney fees), demande à la Cour de continuer à superviser la mise en place des réformes, menaces de poursuites supplémentaires; or, ces stratégies ont un effet sur l'administration scolaire:

It is difficult to assess the effect of such threats on the governance and administration of the schools in light of today's expanding role of the judiciary in school operations. Initially, threats have an intimidating impact, but in the longer run they produce a new sophistication about the court process among school officials. To the extent that threats to sue triggers a reexamination of the public school's disputed policies in light of our new days, a not unhealthy situation exists. But, when such threats inhibit the reasonable performance of the school offices responsibilities, grave damage to the instructional program ensues.<sup>180</sup>

Un avocat spécialisé dans les revendications judiciaires de droits scolaires pour les noirs américains pense néanmoins que le processus judiciaire n'est pas suffisant en lui-même pour amener de véritables réformes en profondeur. Selon Bell,

The legal process is not only a slow, difficult, and expensive method of improving the quality of education for blacks, it is an inefficient and uncertain means of achieving that goal.<sup>181</sup>

Il est vrai, remarque-t-il, qu'une cause peut avoir des effets positifs externes, en augmentant la conscience sociale des participants et en servant de catalyseur pour l'organisation de communautés, mais elle doit être menée par des avocats prêts à y investir temps et énergie, être adéquatement financée et surtout faire partie d'un plan global de développement de la communauté visée.<sup>182</sup>

Mais il y a des côtés négatifs dans l'institutionnalisation progressive des conflits scolaires. Non seulement les tensions en sont-elles exacerbées, mais les effets à long terme peuvent être pernicieux puisque les parents peuvent perdre confiance dans les autorités scolaires et multiplier leurs recours. L'implantation de critères juridiques rigides entraîne aussi les administrateurs à s'en tenir au respect minimal de leurs obligations constitutionnelles,

<sup>180</sup>Shannon, T., *New tactics used by plaintiffs in imposing their views on, or enforcing their rights against, public school boards: a commentary*, (1973), 2 *Journal of Law and Education*, 77, p. 87.

<sup>181</sup>Bell, Derrick, jr., *School litigation strategies for the 1970's: New phases in the continuing quest for quality schools*, [1970] *Wisconsin L.R.* 257, p. 274.

<sup>182</sup>*Ibid.*



sans faire de compromis.<sup>183</sup> La cristallisation des positions a été ainsi décrite:

As litigation continues to be brought, the parties tend to take positions upon which they are generally unwilling to compromise. Indeed, this has led one court to complain that "all parties appeal with typical inflexibility of position, understandably, perhaps, because of the great complexity of the problem and the inevitable intrusion of naked emotion and worrisome economic problems. Public objectivity is not to be hoped for and judicial objectivity is difficult indeed" [*Keyes v. School Dist. No 1*, 521 F. 2d 465 568 (10th circuit, 1975) cert. denial, 96 S.Ct 806 (1976).]<sup>184</sup>

Ces effets, ressentis dans le contexte américain, peuvent ne pas surgir en Acadie où les mécanismes de résolution des conflits scolaires sont généralement marqués par la négociation. Plusieurs facteurs devront se combiner pour entraîner une détérioration réelle des relations entre parents, conseils scolaires et fonctionnaires, dont les plus importants sont la détermination des citoyens et le désir des tribunaux de protéger avec vigueur les droits constitutionnels de la minorité acadienne. Deux siècles de brimades et de luttes vaines ont peut-être convaincu les Acadiens que le temps est venu de formuler des demandes vigoureuses, au risque de multiplier les tensions. Mais leur faiblesse, leur manque de ressources financières et humaines, jointes à la tradition de "judicial restraint" pratiquée par nos tribunaux, mèneront plus vraisemblablement ceux-ci à formuler de simples déclarations de principes parfois énergiques sans doute, mais laissant aux parties le soin de mettre en oeuvre les réformes nécessaires selon les méthodes qu'elles jugeront les plus appropriées.

Le poids politique de la minorité acadienne dans les provinces où elle tente de s'épanouir, demeure faible. Le passé lui a démontré qu'elle ne devait pas espérer trop de faveurs de ses dirigeants provinciaux. Un Sénat réformé où elle aurait une plus grande part pourrait contribuer à redresser la situation; mais elle a besoin de l'arbitrage des tribunaux et du respect intégral des garanties constitutionnelles pour continuer à s'affirmer. Formulons le souhait que nos tribunaux répondront à l'appel.

<sup>183</sup>*Loc. cit.*, *supra*, note 179. Sur un plan légèrement différent mais touchant aussi les écoles, il semble qu'au Québec, depuis l'imposition au printemps 1983 de décrets gouvernementaux imposant de façon rigide les conditions de travail des enseignants ceux-ci ont réagi en s'en tenant strictement aux prescriptions des décrets, sans dépasser d'un iota les limites de leurs descriptions de tâches, ce qui a rendu l'administration des écoles et le climat général assez pénible. L'effet serait-il le même si les contraintes étaient imposées par les tribunaux aux gouvernements?

<sup>184</sup>Meyers, E., *Conflict between the judiciary and the legislature in school desegregation*, (1976), 44 Fordham L.R. 1206, p. 1221.