

La question de l'établissement d'un conseil scolaire homogène francophone en Ontario. Un commentaire succinct

Gérald-A. Beaudoin

Volume 18, Number 2, 1987

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1058711ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1058711ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Beaudoin, G.-A. (1987). La question de l'établissement d'un conseil scolaire homogène francophone en Ontario. Un commentaire succinct. *Revue générale de droit*, 18(2), 481–494. <https://doi.org/10.7202/1058711ar>

Article abstract

Since the entrenchment in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* of the minority language education rights, the question arose in Ontario whether the francophones may under section 23 of the *Charter* require the establishment of an homogenous francophone council. The author answers the question by the affirmative. The author expresses the view, however, that the said francophone council should be divided in two parts; one denominational, one public. The structures of the first one should be of such a nature that the catholic group might control its schools in the field of denominational rights. As far as denominational rights are concerned, the two parts should be watertight. In the other fields, the two parts might be common.

La question de l'établissement d'un conseil scolaire homogène francophone en Ontario. Un commentaire succinct

GÉRALD-A. BEAUDOIN,
Professeur à la Faculté de droit
et Directeur du Centre des droits de la personne
de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Depuis l'enchâssement dans la Charte canadienne des droits et libertés de la protection de la langue de la minorité en matière scolaire, on s'est demandé si les francophones pouvaient exiger aux termes de l'article 23 de cette Charte l'établissement d'un conseil homogène francophone en Ontario. L'auteur répond par l'affirmative. L'auteur ajoute cependant qu'à l'intérieur de ce conseil, il faudra créer deux volets, un volet confessionnel et un volet public. Au sein du volet confessionnel, le groupe catholique devra avoir le contrôle des écoles pour ce qui touche aux droits confessionnels. Sur le plan confessionnel, les deux volets doivent être étanches. Sur les autres plans, ils peuvent mettre en commun tout ce qu'ils désirent.

ABSTRACT

Since the entrenchment in the Canadian Charter of Rights and Freedoms of the minority language education rights, the question arose in Ontario whether the francophones may under section 23 of the Charter require the establishment of an homogenous francophone council. The author answers the question by the affirmative. The author expresses the view, however, that the said francophone council should be divided in two parts; one denominational, one public. The structures of the first one should be of such a nature that the catholic group might control its schools in the field of denominational rights. As far as denominational rights are concerned, the two parts should be watertight. In the other fields, the two parts might be common.

SOMMAIRE

Introduction	482
I. L'interprétation de l'article 93	483
II. L'interprétation de l'article 23 de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	489
III. La problématique actuelle	491
Conclusion	494

INTRODUCTION

La *Loi constitutionnelle de 1867* traite de l'éducation dans un article distinct, l'article 93, vu l'importance capitale de ce domaine. Selon la disposition liminaire de cet article, l'éducation est de compétence législative provinciale. Les Pères de la Confédération l'ont cependant assortie de garanties. Par le paragraphe 93(1), ils ont voulu protéger les droits confessionnels que la législation provinciale consacrait à l'époque dans certaines provinces. La plénitude des pouvoirs des provinces en matière d'éducation s'exerce donc sous cette première réserve. On a aussi prévu au paragraphe 93(3) que la législature provinciale, après la fédération, pouvait établir ou élargir des droits confessionnels et qu'un appel au Gouverneur en conseil était possible à certaines conditions. Cet appel est de nature politique alors que le paragraphe 93(1) confère un droit légal de contestation de constitutionnalité. Une seconde réserve aux pouvoirs des provinces en matière d'éducation apparaît au paragraphe 93(4) qui autorise une intervention exceptionnelle du Parlement fédéral dans certains cas.

Les droits confessionnels font partie du compromis de 1867. Le célèbre et savant juge en chef Duff a déclaré en 1938 que l'article 93 était un point cardinal du compromis de 1867¹. La Cour suprême du Canada dans le *Renvoi sur le Projet de loi 30* de l'Ontario, un arrêt de toute première importance, vient d'en souligner le caractère fondamental et d'en établir la portée par rapport à la *Charte canadienne des droits et libertés*².

L'article 93 porte l'empreinte de son époque. On doute qu'il réponde entièrement aux besoins du jour³. On peut certes songer à le

1. *Reference : Authority to Perform Functions vested by the Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398.

2. Arrêt du 25 juin 1987, non encore publié dans un recueil.

3. Gérard A. BEAUDOIN, *Le partage des pouvoirs*, 3^e éd., Université d'Ottawa, Ottawa, 1983, pp. 287 à 316.

modifier, mais, pour ce faire, il faudrait compter avec le temps et les difficultés d'un consensus. Pour le moment et probablement pour un temps indéfini, il faut se préoccuper de ce que dit cet article 93 et comment il a été interprété. On ne le dira jamais assez, l'interprétation d'une constitution est tout aussi importante que sa rédaction⁴.

L'article 93 s'applique à plus d'une province. Cependant dans chaque cas qui se soulève il faut examiner la législation provinciale antérieure à 1867; ces droits varient d'une province à l'autre, au Nouveau-Brunswick par exemple⁵.

Actuellement se pose en Ontario la question de l'établissement d'un conseil homogène de langue française. La Constitution permet-elle son établissement?

Pour répondre à cette question nous examinerons dans l'ordre les trois points suivants et nous concluons :

1. l'interprétation de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*;
2. l'interprétation de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*;
3. la problématique actuelle.

I. L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 93

La Cour suprême du Canada, vers la fin du siècle dernier, dans l'affaire *Barrett*, eut à se prononcer sur la portée de l'article 22 de la *Loi du Manitoba* qui s'inspire de l'article 93. Elle donna raison à ceux qui réclamaient le respect de leurs droits confessionnels; mais en appel, le Comité judiciaire du Conseil privé se montra plus légaliste et interpréta de façon restrictive les droits confessionnels⁶. Le Conseil privé déclara que le seul droit ou privilège que les catholiques romains possédaient en 1870, par la loi ou par « la pratique », était celui d'établir et de gérer à leurs frais leurs écoles confessionnelles et que ce droit ne leur était pas enlevé par la loi manitobaine de 1890 qui établissait un système d'écoles publiques dans cette province. Cet arrêt eut pour résultat d'instaurer au Manitoba une double taxation. D'autres provinces emboîtèrent le pas.

Plusieurs arrêts suivirent, comme l'arrêt *Brophy*⁷ qui porte sur l'intervention exceptionnelle du Gouverneur général en conseil en matière d'éducation. Le Comité judiciaire du Conseil privé déclara que les catholiques au Manitoba avaient acquis après l'entrée du Manitoba

4. L.P. PIGEON, « Le sens de la formule Fulton-Favreau », (1966-67) 12 *McGill L.J.* 403, à la page 405.

5. Voir *Ex Parte Renaud*, (1872-73) 14 N.B.R. 273.

6. *City of Winnipeg c. Barrett*, [1892] A.C. 445.

7. *Brophy c. A.G. of Manitoba*, [1895] A.C. 202.

dans la fédération en 1870 des droits confessionnels et que ces droits étaient affectés par la loi sur l'instruction publique de 1890; qu'ils pouvaient en appeler au Gouverneur général en conseil et qu'en vertu du paragraphe 22(3) de la *Loi du Manitoba*, ce dernier pouvait au besoin rendre des ordonnances remédiatrices pour rétablir les droits confessionnels affectés par la loi manitobaine. Dans l'arrêt *MacKell*⁸ le Conseil privé en vint à la conclusion que l'article 93 protégeait les droits confessionnels mais non pas la langue. À l'époque, un seul article de la Constitution, l'article 133 (et l'article 23 de la *Loi du Manitoba*), protégeait les droits linguistiques. Cet article 133 ne traite pas des écoles et institutions d'enseignement. Le Conseil privé remarqua que l'article 93 protège les catholiques comme *class of persons*. Il s'agit de droits collectifs.

Dans l'arrêt *Hirsch*⁹ le Conseil privé s'est montré cette fois plus généreux pour les droits confessionnels. Il a affirmé que les protestants en soi forment un groupe, une classe, et jouissent de droits confessionnels. On ne peut assimiler les non-catholiques (comme les juifs) aux protestants. Bien que divisés en plusieurs sectes les protestants forment une classe de personnes protégée par l'article 93.

Le Québec, affirme l'arrêt, doit respecter les droits des catholiques comme groupe et des protestants comme groupe, vu la teneur de l'article 93. À Montréal et à Québec les écoles sont confessionnelles. À l'extérieur de ces deux villes, l'école commune est la règle; mais l'école dissidente confessionnelle est possible.

La législature québécoise est libre de créer à Montréal des écoles pour les juifs, elle peut créer un secteur public, un secteur neutre; mais elle ne peut forcer les écoles protestantes confessionnelles à recevoir les enfants juifs. Les commissaires juifs ne peuvent pas être élus aux commissions scolaires protestantes. Les groupes confessionnels ont une étanchéité.

Dans l'affaire *P.G. (Qué.) c. Greater Hull School Board*¹⁰, la Cour suprême du Canada arriva à la conclusion que le référendum imposé par une loi du Québec (la Loi 57) pour pouvoir prélever une surtaxe au delà de 6 % n'était pas en soi contraire à l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* mais que les catholiques comme groupe et les protestants comme groupe devaient voter de façon autonome et avaient le pouvoir de recevoir des subventions sur une base proportionnelle.

8. *Trustees of the Roman Catholic Separate Schools of Ottawa c. MacKell*, [1917] A.C. 62.

9. *Hirsch c. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200.

10. *P.G. (Qué.) c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575.

Monsieur le juge Chouinard, se repliant sur l'arrêt *Hirsch* déclara au nom de la majorité que ce qui est protégé par l'article 93 pour les groupes catholiques et protestants c'est :

[... le] contrôle exclusif, financier et pédagogique de leurs écoles [...]¹¹

Les droits confessionnels garantis au Québec selon la législation anté-confédérative sont principalement les droits de taxer, de recevoir des subventions sur une base proportionnelle, de choisir des manuels, d'engager des professeurs. Ces droits de gérance se trouvent constitutionnalisés.

La Cour suprême a conclu que les dispositions attaquées étaient inconstitutionnelles. Le droit des protestants et des catholiques romains de diriger et de contrôler leurs écoles confessionnelles était déjà reconnu par la loi avant 1867. Ce droit confessionnel implique, en ce qui a trait au financement, le droit de recevoir des subventions sur une base proportionnelle de même que celui de prélever des taxes de leurs administrés. Parce qu'elle ne stipule pas que la distribution des subventions doit se faire sur une base proportionnelle et parce qu'elle prévoit en cas de référendum, que le pouvoir de certaines commissions scolaires de décider d'une dépense nécessitant une taxe soit assujéti à la volonté d'électeurs autres que leurs administrés, la législature du Québec contrevient de manière préjudiciable aux droits confessionnels garantis par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

M. le juge LeDain, dissident en partie, (de même que M. le juge Lamer) exprima l'avis que le référendum obligatoire dans les cas prévus à la loi rendait illusoire le pouvoir de taxer, violant ainsi l'article 93.

La Cour suprême fit remarquer que les commissaires et les syndicats d'école ne constituent pas en eux-mêmes une classe de personnes visée par le paragraphe 93(1), mais qu'ils sont les représentants de cette classe aux fins de la gestion des écoles confessionnelles.

Dans l'affaire *Caldwell*¹² la Cour suprême en vint à la conclusion que les commissaires des écoles catholiques avaient le droit de ne pas renouveler le contrat d'engagement d'une professeure qui avait épousé civilement un divorcé.

Dans l'affaire *C.E.C.M.*¹³, M. le juge A. Brossard de la Cour supérieure déclare que l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a priorité sur la *Charte*. Il s'appuie pour ce faire sur l'article 29 de la *Charte* qui prévoit :

11. *Id.*, à la page 584.

12. *Caldwell c. Stuart*, [1984] 2 R.C.S. 603.

13. *Quebec Association of Protestant School Boards c. A.G. of Quebec*, [1985] C.S. 872.

Les dispositions de la présente charte ne portent pas atteinte aux droits et privilèges garantis en vertu de la Constitution du Canada concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles.

Dans le récent *Renvoi sur le Projet de loi 30* de l'Ontario, la Cour suprême affirme que la *Charte*, même en l'absence de l'article 29, n'empêche pas la législature de légiférer sous l'article 93 et de protéger les droits confessionnels. N'ayant pas à se prononcer sur les droits linguistiques de l'article 23 de la *Charte*, elle n'a pas abordé la question de la double garantie.

Si le constituant avait entendu établir une hiérarchie des garanties constitutionnelles prévues aux articles 93 et 23, il l'aurait dit clairement, à mon avis. Il faut donc donner effet *et* aux droits confessionnels de l'article 93 *et* aux droits linguistiques de l'article 23. Les deux ont une valeur constitutionnelle.

Le juge Brossard décide qu'au Québec c'est non seulement le primaire mais également le secondaire qui sont protégés par l'article 93 ; il ajoute que le territoire protégé à Montréal et à Québec est celui qui est devenu le territoire géographique actuel et non pas seulement les territoires de 1867. Je suis d'accord avec lui sur le dernier point. Sur le premier, je suis également porté à le suivre.

Il déclare invalide, à cause de l'article 93, la loi québécoise sous examen au motif que :

[...] l'objet fondamental de la loi en litige est bel et bien de remplacer les commissions scolaires protestantes et catholiques existantes par un système entièrement nouveau de commissions scolaires divisées uniquement sur une base linguistique et non plus sur une base religieuse [...]

Le mot « uniquement » est ici fondamental. Nous y reviendrons.

Dans l'affaire *Reference Re An Act to Amend the Education Act*¹⁴, la Cour d'appel de l'Ontario, par une décision très partagée (3-2), prononce la constitutionnalité de la *Loi 30* qui a pour but de subventionner les écoles catholiques romaines. La Cour remarque que les articles 93 et 133 accordent des droits *collectifs*, que ces deux articles constituent *a small bill of rights* auxquels viennent s'ajouter les articles 16 à 23 de la *Charte*. Ces droits constituent des *exceptions* à l'article 15 de la *Charte*. Les groupes catholiques et protestants sont privilégiés et l'article 15 ne s'applique pas. La discrimination est valable. L'article 93 fait partie du compromis de 1867. Et il y a *réciprocité* entre le Québec et l'Ontario, à cause du paragraphe 93(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Les trois juges de la majorité, les honorables Zuber, Cory et Tarnopolsky, remarquent à la page 57 :

14. *Reference Re An Act to Amend the Education Act*, (1986) 25 D.L.R. (4th) 1.

No one before this Court has questioned that in Quebec this has been interpreted and applied as giving rights to public funding for separate schools, including the secondary school level, up to university entrance standards.

This is in contrast with the situation in Ontario, especially just preceding and just following the *Tiny* case. In Ontario, s. 93 has never been applied so as to provide full funding for separate secondary schools. [...] In this light, the purpose of Bill 30 must be seen as an attempt to redress an historical grievance in Ontario and to remove a continuing irritant in relation with Quebec when comparing their treatment of the beneficiaries of s. 93 with their counterparts in this province.

Avant l'avènement de la *Charte* de 1982 et la mise en vigueur de l'article 15 rien n'aurait pu empêcher, sous l'article 93, la législature de l'Ontario de subventionner entièrement les *high schools* catholiques en Ontario, dit la majorité à la page 57.

L'article 29, selon la majorité, en utilisant les mots *by or under the Constitution* vise à protéger non seulement les droits protégés par la Constitution mais aussi les droits protégés *under the Constitution* comme ceux contenus dans les lois provinciales passées en vertu de l'article 93. C'est le cas de la *Loi 30*.

Cette majorité déclare à la page 64 :

This conclusion does not mean, and must not be taken to mean that separate schools are exempt from the law or the Constitution. Laws and the Constitution, particularly the Charter, are excluded from application to separate schools only to the extent they derogate from such schools as Catholic (or in Quebec, Protestant) institutions. It is this essential Catholic nature which is preserved and protected by s. 93 of the Constitution Act 1867 and s. 29 of the Charter. The courts must strike a balance, on a case-by-case basis, between conduct essential to the proper functioning of a Catholic school and conduct which contravenes such Charter rights as those of equality in s. 15 or of conscience and religion in s. 2(a).

Selon les deux juges dissidents, la *Loi 30* aurait certes été valide avant l'avènement de la *Charte*. Mais depuis la mise en vigueur de l'article 15 de la *Charte*, cette loi va à l'encontre du paragraphe 15(1). Il y a discrimination sur le plan de la religion. L'article 93 protège les droits confessionnels qui existaient en 1867. En 1867 la législation n'avait trait qu'à l'élémentaire; les subventions au degré secondaire n'étaient pas prévues.

La Cour suprême du Canada a autorisé et entendu l'appel de la décision de la Cour ontarienne. Elle vient de rendre sa décision. Avant de l'analyser rappelons que dans l'affaire *Big M. Drug Mart*¹⁵ le juge en chef Dickson, aux pages 340 et 341, avait traité, en passant, du financement des écoles confessionnelles. Il avait écrit :

15. *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

Il faudra attendre d'autres affaires pour décider dans quelle mesure la *Charte* permet à l'État de soutenir financièrement certaines religions ou institutions religieuses ou de leur accorder un traitement préférentiel. Nous ne sommes pas saisis de cette question en l'espèce.

Ce moment est venu avec l'affaire du *Projet de loi 30*.

Le juge en chef dans *Big M. Drug Mart* s'était dit d'accord avec l'arrêt *Chaput c. Romain*¹⁶ où le juge Taschereau déclara que dans notre pays il n'y a pas de religion d'État. Mais il ajoute à la page 347 :

Toutefois, cela ne revient pas à approuver la partie du passage des motifs du juge Taschereau où il affirme que toutes les religions sont sur un pied d'égalité. L'égalité nécessaire pour soutenir la liberté de religion n'exige pas que toutes les religions reçoivent un traitement identique. En fait, la véritable égalité peut fort bien exiger qu'elles soient traitées différemment.

La Cour suprême du Canada, dans le *Renvoi sur le Projet de loi 30* de l'Ontario prononce la validité de cette mesure, sur la base de la disposition liminaire de l'article 93 et du paragraphe 93(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le grand compromis de 1867 prévoyait que les droits et privilèges religieux déjà accordés en 1867 continueraient et que les législatures provinciales pourraient en établir d'autres au gré des circonstances.

Le projet de loi 30 échappe au contrôle fondé sur la *Charte canadienne des droits et libertés*. La protection accordée par le paragraphe 93(1) et le paragraphe 93(3) n'est pas la même puisque les lois adoptées sous ce dernier paragraphe peuvent être modifiées ou abrogées. Par contre, on ne peut toucher aux droits conférés par le paragraphe 93(1). Les droits sous 93(1) sont à l'abri de la *Charte* même sans l'article 29 de la *Charte*. Ceux qui sont conférés en vertu du paragraphe 93(3) sont à l'abri de la *Charte* à cause du pouvoir absolu des législatures d'adopter ces lois.

Les juges Estey et Beetz écrivent que le paragraphe 93(3) constitue une forme d'appel *politique* alors que le paragraphe 93(1) constitue un droit légal de contester la constitutionnalité. L'article 93 fait partie intégrante du partage des pouvoirs.

On relève sous leur plume les affirmations suivantes :

L'article 93 est une disposition constitutionnelle fondamentale, faisant partie intégrante du régime de partage du pouvoir souverain entre les deux autorités absolues créées à la Confédération.

.....

En ce sens, l'article 93 est l'équivalent provincial du par. 91(24) [...] qui autorise le Parlement du Canada à légiférer au profit de la population indienne selon un mode préférentiel, discriminatoire ou distinctif, par rapport aux autres.

.....

16. *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834.

Certes on a voulu que la *Charte* limite l'exercice des compétences législatives conférées par la *Loi constitutionnelle de 1867*, lorsqu'il est porté atteinte aux droits y énoncés des individus composant la société; mais elle ne saurait être interprétée comme rendant *ipso facto* inconstitutionnelles les distinctions expressément autorisées par la *Loi constitutionnelle de 1867*.

.....

On ne saurait avoir recours à la *Charte* pour désavouer la mise en œuvre du par. 93(1) ou de lois protégeant les droits garantis par le par. 93(1) ou encore de lois prévues au par. 93(3).

Pour ces deux juges le paragraphe 93(4) n'est pas désuet :

Quoi qu'il en soit, on observe que le par. 93(4) constitue une disposition clé dans le délicat équilibre d'intérêts instauré par l'art. 93 et qu'il s'agit d'une attribution de compétence fédérale tout aussi vitale que celle qu'on trouve à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, il est difficile de voir comment le non-exercice aurait pu jouer pour l'abroger.

Pour les juges Estey et Beetz la législature provinciale peut légiférer en matière d'éducation sous deux réserves : aucune loi ne peut violer les garanties constitutionnelles minimales énoncées au paragraphe 93(1) et l'exercice de la compétence provinciale peut se heurter à une intervention fédérale en vertu du paragraphe 93(4).

II. L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 23 DE LA CHARTRE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

Cet article est capital. Il ne faut pas oublier qu'il a pour but de répondre à une grave lacune historique. Le fait est souligné dans l'affaire sur la *Loi 101*¹⁷ par la Cour suprême du Canada. Le Conseil privé, on l'a vu, avait établi dans l'arrêt *MacKell*¹⁸ que l'article 93 protégeait les droits confessionnels mais ne consacrait pas de droits linguistiques. Les minorités francophones ont beaucoup souffert de cette lacune. L'article 23 de la *Charte* a pour but d'y remédier.

Il ne faut guère se surprendre que la Cour suprême du Canada dans l'affaire sur la *Loi 101*¹⁹ et que la Cour d'appel de l'Ontario dans *In Re Language of Education Rights in Ontario*²⁰ aient toutes deux interprété de façon généreuse l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

17. *P.G. (Qué.) c. Quebec Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66.

18. *Supra*, note 8.

19. *Supra*, note 17.

20. *In Re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights*, (1984) 10 D.L.R. (4th) 491.

Dans l'affaire sur la *Loi 101*, la Cour suprême a déclaré que les « catégories » énoncées et énumérées à l'article 23 sont tellement précises qu'elles laissent fort peu de latitude à la législature d'une province qui voudrait restreindre les droits linguistiques en se reliant sur l'article 1 de la *Charte* et ce, en tenant pour acquis, pour les fins de la discussion, que l'article 1 s'applique à l'article 23. La « clause Québec » dans la *Loi 101* violait l'article 23 de la *Charte*. La partie VIII de la *Loi 101* fut donc déclarée inopérante aux termes de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour suprême ajoute que l'article 23 vise les dix provinces²¹.

Ce que garantit l'article 23 aux francophones hors Québec et aux anglophones au Québec ce sont des *droits de gérance* sur leurs établissements scolaires; c'est ce qu'affirme la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire *In Re Language of Education Rights in Ontario*²². La Cour décrète que la minorité de langue officielle doit avoir le contrôle de l'administration de ses établissements d'éducation. Ce droit de contrôle n'est pas expès toutefois. Il est implicite à l'article 23.

La Cour affirme que la *Charte* doit recevoir une interprétation libérale. Les droits linguistiques énoncés à l'article 23 sont nouveaux; ils constituent un code.

Aux pages 518 et 519, la Cour remarque :

The two rights conferred by s. 23 on citizens who qualify to have their children receive minority language instruction are as follows :

(1) The parents who qualify under s. 23 have the right to have their children receive publicly funded primary and secondary school instruction in the minority language subject only to the requirement that the number of children of such citizens must warrant the provision of minority language instruction.

(2) The same parents who qualify in s. 23 have the right, where the numbers warrant, to have their children receive that instruction in minority language facilities provided out of public funds.

Clearly, both rights are made subject to the requirement that numbers must warrant their provision.

Et à la page 520 elle ajoute :

Any limitation placed on minority language education rights cannot be left to the unfettered discretion of existing school boards no matter how competent and well-meaning those boards may be.

Aux pages 523 à 533, la Cour déclare que les citoyens de l'Ontario qui font partie de la minorité linguistique de langue française et dont les enfants ont le droit de recevoir leur instruction en français

21. Voir *supra*, note 17.

22. *Supra*, note 20.

doivent avoir la faculté de gérer, d'administrer et de contrôler leurs établissements ainsi que le curriculum. Ce droit ressort de l'intention du constituant et de la situation fâcheuse à laquelle l'article 23 venait porter remède.

Et à la page 539 la Cour note :

Since both elementary schools, including separate schools to grade 10 and secondary schools are and have been publicly funded in Ontario, the use of the phrase « out of public funds » is further indication of a legislative intent that s. 23 apply equally to both the separate and the public school systems of education.

Et enfin à la page 547 :

The fact that the French-speaking Roman Catholics were unable to rely on s. 93(1) to protect their linguistic rights does not preclude them from relying on s. 23 of the Charter to assert those rights.

Qu'arriverait-il si une question semblable était soumise à la Cour suprême du Canada? Dans l'arrêt *MacDonald*²³, la Cour suprême a déclaré que les droits linguistiques consacrés par la *Charte* constitutionnelle, sont, contrairement aux droits fondamentaux « classiques », des droits constitutionnels qui sont le fruit d'un compromis politique. La Cour suprême du Canada irait-elle aussi loin que la Cour d'appel de l'Ontario pour ce qui est du contrôle des établissements d'éducation par la minorité de langue officielle? La chose est très probable, mais évidemment elle n'est pas d'une certitude absolue.

Dans l'arrêt *Reference Re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights*, la Cour d'appel de l'Ontario envisage comme constitutionnelle une division à partir de la religion : secteur public et secteur confessionnel; à la condition cependant que la loi prévoit l'élection de syndics pour les francophones au Conseil scolaire des écoles séparées catholiques pour exercer certaines responsabilités exclusives, à titre de section de la minorité de langue officielle de ce conseil²⁴. La Cour d'appel n'avait pas à trancher la question du conseil scolaire homogène francophone; elle n'a pas fermé la porte.

III. LA PROBLÉMATIQUE ACTUELLE

L'article 93 a été conçu en 1864–67. Le Canada a beaucoup évolué depuis. Il est impératif que de temps en temps le système d'éducation dans chaque province subisse des réformes pour répondre aux besoins nouveaux.

23. *MacDonald c. Ville de Montréal et al.*, [1986] 1 R.C.S. 460.

24. *Supra*, note 20.

À maintes reprises, tant le Conseil privé que la Cour suprême²⁵ ont décrété que le système d'éducation était destiné à évoluer et qu'il n'était pas figé. Ceci dit, il reste que les droits confessionnels depuis 1867 sont constitutionnalisés et que les droits linguistiques en matière scolaire depuis le 17 avril 1982 sont également enchâssés dans la Constitution.

À cause de cette double protection constitutionnelle, les réformes législatives scolaires requièrent maintenant une grande dextérité législative.

Y a-t-il une hiérarchie sur le plan des deux genres de garanties constitutionnelles? Je ne le crois pas! Bien qu'ils aient été protégés à des époques différentes, soit en 1867 et en 1982, ces deux types de droits sont tous deux protégés de la même façon : par la Constitution! À moins que cette dernière, de façon non équivoque, n'établisse une prédominance d'un type sur l'autre, ces deux genres de droits doivent recevoir la même protection.

Le but de l'article 29 de la *Charte* était de conserver de façon intacte les droits confessionnels enchâssés à l'article 93; et ce, malgré l'article 15 de la *Charte* qui prescrit l'égalité devant la loi. Il est clair que les groupes catholiques et les groupes protestants, sur le plan scolaire, sont dans une position privilégiée²⁶. L'article 23 de la *Charte* pour sa part n'enlève aucun des droits consacrés à l'article 93. Il ajoute des garanties linguistiques à des garanties confessionnelles déjà existantes.

À moins d'une décision contraire de la Cour suprême, la jurisprudence actuelle nous amène à conclure que les droits confessionnels et les droits linguistiques sont protégés également par la Constitution.

On pourrait imaginer l'établissement de six conseils scolaires : catholique anglais, catholique français, protestant anglais, protestant français, public anglais, public français. On évite ainsi tout problème constitutionnel. Mais c'est une vue de l'esprit. C'est un émiettement. Surtout, ce n'est pas nécessaire!

Je comprends que les protestants tant anglophones que francophones acceptent l'école publique. On élimine tout de suite deux conseils.

On peut même penser à l'établissement de deux grands conseils, pourvu que les droits *confessionnels* et les droits *linguistiques* soient *intégralement* respectés. C'est la théorie des *deux volets* à l'intérieur des deux grands *Conseils*.

Une fois que l'on en vient à cette solution, la question qui se pose est la suivante : doit-on diviser à partir de la religion ou à partir de la langue? Peut-on faire indistinctement l'un ou l'autre?

25. *Inter alia* l'arrêt *Roman Catholic Separate School Trustees for Tiny c. The King*, [1928] A.C. 363.

26. Voir *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, *supra*, note 15.

Certains concluent qu'il faut diviser au départ à partir de la religion, au motif que les catholiques forment une *class of persons* qui est *indivisible*. Ils s'appuient sur l'arrêt *MacKell*.

L'argument est décisif et péremptoire pour la période allant de 1867 à 1982. Mais, depuis le 17 avril 1982, l'article 23 de la *Charte* est venu protéger les droits de la minorité linguistique de langue officielle tant pour les écoles publiques que pour les écoles confessionnelles. La minorité linguistique est également une classe de personnes, à mon avis.

On avance en certains milieux que les droits conférés par l'article 23 ne sont pas collectifs mais individuels et qu'en conséquence il faut diviser, selon les groupes. Les individus pourront réclamer leurs droits individuels à l'intérieur des groupes²⁷. À ceci on peut répondre que la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré que les droits linguistiques énoncés à l'article 23 sont aussi des droits collectifs.

Notons en passant que selon la jurisprudence actuelle, les écoles catholiques doivent être supportées par l'État, comme on l'a vu, et que les établissements scolaires de la minorité de langue officielle doivent être financés par l'État. Il y a donc une certaine parenté entre les articles 93 et 23. Jusqu'ici, la jurisprudence a vu un droit de contrôle dans les deux cas.

À mon avis, une division à partir de la religion est certes possible, pourvu que la minorité de langue officielle à l'intérieur du conseil confessionnel ait le contrôle et l'administration de ses écoles françaises. Une division à partir de la langue est également possible, pourvu que le groupe catholique de langue française au sein du conseil francophone ait le contrôle absolu de ses écoles sur le plan de la confessionnalité.

27. Les droits conférés par l'article 23 sont qualifiés de droits collectifs par la Cour d'appel de l'Ontario, on l'a vu. Par contre le juge Deschênes dans *Q.A.P.S.B. c. P.G. Québec*, [1982] C.S. 673, écrit aux pages 691-692-693 :

« Il semble bien qu'il s'agisse, dans l'article 23, de droits individuels plutôt que de droits collectifs ».

« Ce n'est pas la minorité comme groupe qui peut réclamer le bénéfice de ces droits; ce n'est pas la minorité comme groupe qui peut réclamer de s'asseoir sur les bancs d'une école où elle recevra l'enseignement dans sa langue; c'est chaque individu en sa qualité de membre de la minorité qui possède ce droit et qui peut exercer cette possibilité d'apprendre. »

Le juge Deschênes soulève ici le très difficile problème des droits individuels et collectifs. Il y a très peu de doctrine et de jurisprudence sur le sujet.

Le professeur Carignan écrit que c'est un *droit collectif*. Voir « De la notion de droit collectif et de son application en matière scolaire au Québec », (1984) 18 *R.J.T.* 1.

CONCLUSION

Constitutionnellement un conseil homogène de langue française est-il possible? J'arrive à une conclusion affirmative.

Le juge Brossard dans l'affaire *CECM*²⁸ a rejeté le plan québécois basé sur une division à partir de la langue. L'affaire est en appel. Il faut dire cependant qu'à l'intérieur de cette division selon la langue, les groupes confessionnels n'avaient pas, à son avis, l'autonomie qu'ils sont en droit d'avoir aux termes de l'article 93. Là est toute la question! Si l'autonomie du groupe catholique et le droit à la dissidence avaient été protégés à sa satisfaction, il en serait peut-être venu à une conclusion autre.

Un conseil homogène de langue française devra cependant, sous peine d'inconstitutionnalité, répondre à plusieurs conditions exigeantes.

La première est la nécessité absolue d'un système à deux volets : un volet catholique, un volet public.

Au sein du volet catholique, les catholiques comme groupe, par leurs commissaires, doivent avoir un contrôle autonome pour tout ce qui touche aux droits confessionnels : droit de gérance, droit de taxer, droit d'administrer, droit de choisir les professeurs. Autrement dit, ce volet interne doit être complètement dominé par des commissaires choisis et élus par des catholiques uniquement; ils doivent avoir les pouvoirs qu'ils avaient sous la loi *Scott* en 1863. Les catholiques doivent avoir au moins les garanties minimales consacrées par le paragraphe 93(1). La législature peut élargir ces droits en vertu du paragraphe 93(3). Sur le plan des droits confessionnels les volets sont étanches.

Au sein du volet public, les syndics élus par les non-catholiques ont pleine autonomie. Que reste-t-il à mettre en commun : les aspects de l'administration qui n'ont rien à voir avec la confessionnalité, comme la construction, les assurances, certains aspects financiers, la protection de la langue.

28. *Supra*, note 13.