

Le phénomène des écoles passerelles : un pont entre la réalité et la fiction

The Solski and Nguyen cases: A Bridge between Fiction and Reality

Frédéric BÉRARD*

Résumé

Contrairement à la croyance populaire, les arrêts *Solski* et *Nguyen* témoignent de la sensibilité de la Cour suprême du Canada pour le fait français.

Abstract

Despite the Quebec doctrine assessment, the Solski and Nguyen cases are confirming the Supreme Court's sensitivity towards the French language in the province.

Plan de l'article

Introduction

I. Mise en contexte : l'article 23 de la Charte et l'arrêt *Protestant Boards*

- A. Arrêt *Solski*
- B. Arrêt *Nguyen*

II. Considérations et impacts des arrêts *Solski* et *Nguyen*

- A. Les arrêts *Solski* et *Nguyen* en viennent-ils à créer une nouvelle catégorie d'ayants droit aux termes de l'article 23?
- B. Les arrêts *Solski* et *Nguyen* sont-ils la résultante d'une analyse trop symétrique de l'article 23 ou encore d'une méconnaissance du phénomène des écoles passerelles?
- C. Le caractère clément des mesures réparatrices adoptées
- D. Au-delà de la symbolique : les répercussions concrètes des arrêts *Solski* et *Nguyen*

Conclusion

* L'auteur est docteur en droit. Il tient à remercier Guillaume Lapierre pour le travail de recherche.

« Rien ne va de soi. Rien n'est donné. Tout est construit. »

– Gaston Bachelard¹

« [...] il est plus commode de faire d'un principe une hérésie que de l'approfondir par la discussion. »²

– Madame de Staël

L'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*³ a fait couler beaucoup d'encre dans les milieux intellectuels francophones québécois. De façon fort majoritaire, ces derniers ont repris les appréhensions exprimées par le gouvernement québécois et par l'Assemblée nationale quant aux impacts, présumés négatifs, de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴.

La consécration du prisme nationaliste à titre de lunette privilégiée de la doctrine québécoise en est venue, par voie de conséquence, à construire un nombre considérable de mythes, ceux-ci occupant l'ensemble de l'espace discursif en matière linguistique : toute réalité factuelle ne pouvant cadrer avec le schème préautorisé du nationalisme méthodologique québécois est, par la force des choses, évacuée du discours ambiant. Sans accuser de malhonnêteté intellectuelle l'ensemble des auteurs issus de la mouvance nationaliste, certains étant d'une probité irréprochable, il demeure qu'une portion appréciable d'entre eux, sciemment ou non, procède à la distorsion de la réalité factuelle afin de faire entrer celle-ci dans le cadre schématique adopté.

Il convient, pour cette raison, de s'interroger sur les conséquences et impacts réels de la Charte canadienne quant à l'autonomie dont jouissent, en matière linguistique, les institutions québécoises. La Charte canadienne est-elle réellement synonyme de rouleau-compresseur diminuant « [...] les pouvoirs du Québec dans des domaines cruciaux pour

¹ *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, 12^e éd., Paris, Vrin, 1983, p. 14.

² *Considérations sur les principaux événements de la Révolution française*, 2^e éd., t. III, Paris, Delainey Librairie, 1818, p. 364.

³ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)] (ci-après la « Charte canadienne »).

⁴ *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.).

sa survie en tant que peuple distinct »⁵? Vient-elle limiter de manière significative la liberté québécoise d'assurer l'intégration de ses immigrants à la majorité francophone, celle-ci étant « [...] intrinsèquement liée à la survie de la société québécoise en tant que peuple distinct »⁶? Est-il vrai que « [...] chacun des droits linguistiques "enchâssés" le 17 avril 1982 a entraîné une diminution de la capacité d'agir de l'État québécois, particulièrement en matière d'éducation »⁷? Par l'entremise de l'article 23 de sa Charte « [...] imposée de force au Québec par dix parlements majoritairement anglophones, le Canada anglais s'est [-il] octroyé un permis d'angliciser graduellement le Québec »⁸? Les effets de celui-ci, c'est-à-dire l'article 23, sont-ils, pour le Québec, impérativement affligeants⁹? Et cette Charte, est-elle véritablement constituée de « [...] normes parfaitement symétriques, qui ignorent complètement que le Québec est le seul lieu en Amérique où existe une majorité de langue française et que cette majorité ne constitue en même temps qu'une infime minorité linguistique sur ce continent »¹⁰? Assiste-t-on réellement depuis 1982 « [...] à la déconstruction programmée de la loi 101 »¹¹, ceci devant inquiéter tout lecteur de Locke¹²?

Il est certes difficile de nier que la Charte canadienne, *lato sensu*, opère effectivement un changement de paradigme en s'imposant à titre d'instrument ultime d'un processus de *nation building* pancanadien, résultante ou fer-de-lance d'une conception trudeauiste du

⁵ Eugénie BROUILLET, *La négation de la nation : l'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Québec, Septentrion, 2005, p. 324.

⁶ *Id.*, p. 375.

⁷ José WOEHLING, « De l'effritement à l'érosion », dans Michel AMYOT et Gilles BIBEAU (dir.), *Le statut culturel du français au Québec*, Québec, Conseil supérieur de la langue française, 1984, en ligne : <http://www.cslf.gouv.qc.ca/bibliotheque-virtuelle/publication-html/?tx_iggeplusplus_pi4%5Bfile%5D=publications/pubf112/f112.html> (consulté le 16 avril 2018).

⁸ Jean DORION, « De langue, de constitution et de corruption », (2004) 4-1 *Journal SSJB* 2.

⁹ Henri BRUN, *Les institutions démocratiques du Québec et du Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2013, p. 140.

¹⁰ *Id.*

¹¹ Mathieu BOCK-CÔTÉ, « La question nationale et la "Charte des valeurs" », *Vigile*, 9 novembre 2013, en ligne : <<https://vigile.quebec/articles/la-question-nationale-et-la-charte-des-valeurs>> (consulté le 16 avril 2018).

¹² Guy LAFOREST, *Trudeau et la fin d'un rêve canadien*, Sillery, Le Septentrion, 1992, p. 200 : « [c]et article [23] représente une dimension tout à fait fondamentale de la Charte et du projet de rapatriement de Pierre Elliott Trudeau [...] Tout lecteur de Locke sait qu'il se passe quelque chose de terrible lorsque les pouvoirs législatifs du Québec en matière de langue et d'éducation sont visés de plein fouet ».

pays¹³, cette dernière constituant l'essence même des dispositions linguistiques de ladite Charte¹⁴. Néanmoins, une analyse rigoureuse enseigne qu'au contraire des appréhensions initiales ou des critiques ultérieures quant à l'atrophie prétendue des pouvoirs de l'État québécois, la réalité diffère, parfois grandement, de l'imaginaire imposé. À vrai dire, et sans nier quelconque effet de la Charte, la quasi-psychose à son égard nous appert, et c'est un euphémisme, exagérée.

L'analyse des arrêts *Solski*¹⁵ et *Nguyen*¹⁶ témoigne, dans les faits, que la Charte canadienne n'a pas eu, sur le plan linguistique, les impacts annoncés quant à l'autonomie institutionnelle québécoise en la matière.

Le présent texte, suivant une brève mise en contexte, rappellera d'abord les points saillants de ces deux décisions, pour ensuite en examiner les considérations et impacts.

I. Mise en contexte : l'article 23 de la Charte et l'arrêt *Protestant Boards*

L'article 23 de la Charte canadienne, pierre d'assise en matière de droit à l'instruction dans la langue de la minorité, dispose comme suit :

Langue d'instruction

23. (1) Les citoyens canadiens :

a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,

¹³ Nous souscrivons en fait aux propos de Cairns : « Put differently, the Charter was a nationalizing, Canadianizing constitutional instrument intended to shape the psyches and identities of Canadians. The Charter, accordingly, was a constitutional weapon analogous to disallowance, with its objectives of constraining the diversities that federalism both reflects and sustains. » Alan C. CAIRNS, « Reflections on the political purposes of the Charter », dans Christian LEUPRECHT et Peter H. RUSSELL (dir.), *Essential Readings in Canadians Constitutional Politics*, Toronto, University of Toronto Press, 2011, p. 370.

¹⁴ Voir les propos de Choudhry : « The Charter relies on both the regulative and constitutive conceptions of a bill of rights to serve as an instrument of nation building. In regulatory terms, the Charter imposes legal restraints on minority nation building by Quebec, through the rights to interprovincial mobility and to minority language education for children [...]. However, the Charter was also intended to function constitutively as the germ of pan-Canadian constitutional patriotism. » Sujit CHOUDHRY, « Bill of rights as instruments of nation-building in multinational states: The Canadian Charter and Quebec nationalism », dans James B. KELLY et Christopher P. MANFREDI (dir.), *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Vancouver, UBC Press, 2009, p. 233.

¹⁵ *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14.

¹⁶ *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2009 CSC 47.

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.

Continuité d'emploi de la langue d'instruction

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

Justification par le nombre

(3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province :

a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité;

b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics.¹⁷

Toutefois, l'article 23, par le biais de l'article 59 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, connaît une atténuation importante¹⁸ relativement à la langue d'enseignement des néo-Québécois :

Entrée en vigueur de l'alinéa 23(1)a pour le Québec

59. (1) L'alinéa 23(1)a) entre en vigueur pour le Québec à la date fixée par proclamation de la Reine ou du gouverneur général sous le grand sceau du Canada.

(2) La proclamation visée au paragraphe (1) ne peut être prise qu'après autorisation de l'Assemblée législative ou du gouvernement du Québec.¹⁹

Il résulte de cette disposition que l'alinéa 23(1)a) de la Charte canadienne n'est, encore à ce jour, jamais entré en vigueur au Québec. Parallèlement, au moment de l'adoption de la

¹⁷ Préc., note 4, art. 23.

¹⁸ Il s'agit, comme nous le verrons plus loin, de l'expression utilisée par la Cour suprême dans l'arrêt *Solski* : *infra*, note 35.

¹⁹ Préc., note 4, art. 59 (nous soulignons). Voir à cet effet Yves LE BOUTHILLIER, « Le droit à l'instruction en français dans les provinces canadiennes à majorité anglophone : le statut des enfants de parents immigrés », (1993) 24 *R.G.D.* 255, 265 : « C'est donc par souci de limiter le moins possible la compétence des provinces, en particulier celle du Québec, en matière de la langue d'instruction des enfants immigrés que le gouvernement fédéral consent à exclure de l'article 23 de la Charte quiconque n'a pas la citoyenneté canadienne. Cependant si l'article 23(1)a) était en vigueur pour le Québec, toute personne de langue maternelle anglaise immigrant au Canada pourrait revendiquer le droit à l'instruction dans sa langue au Québec dès l'obtention de la citoyenneté canadienne. »

Charte canadienne, la version initiale de l'article 73 de la *Charte de la langue française*, aussi appelée la « clause Québec »²⁰, prévoit que seule la communauté anglo-québécoise, déjà installée sur le territoire et ayant reçu son éducation au Québec, peut bénéficier d'un droit à l'enseignement en anglais²¹. L'alinéa 23(1)b), soit la « clause Canada », constitue ainsi une réponse directe²² à cette disposition de la *Charte de la langue française*.

Cela étant, peu après l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, quelques commissions scolaires anglophones du Québec – appuyées par le procureur général du Canada – demandent à la Cour supérieure de déclarer que les dispositions des articles 72 et suivants de la *Charte de la langue française* (dont notamment la « clause Québec ») sont « inopérantes pour autant qu'elles sont incompatibles avec les articles 23(1)b), 23(2) et 23(3) [de la Charte canadienne] »²³.

Après des décisions favorables aux commissions scolaires en Cour supérieure²⁴ et en Cour d'appel²⁵, la Cour suprême, se penchant sur la constitutionnalité des dispositions de la *Charte de la langue française* dans l'arrêt *Protestant Boards*, écrit :

[V]u l'époque où il a légiféré, et vu surtout la rédaction de l'article 23 de la [Charte canadienne] lorsqu'on la compare à celle des articles 72 et 73 de la [*Charte de la langue française*], il saute aux yeux que le jeu combiné de ces deux derniers articles est apparu au constituant comme un archétype des régimes à réformer ou que du moins il fallait affecter et qu'il lui a inspiré en grande partie le remède prescrit pour tout le Canada par [l'article] 23 de la [Charte canadienne].²⁶

Ce faisant, la Cour suprême confirme l'impossibilité de concilier la « clause Canada » et la « clause Québec ». Ainsi, tout citoyen canadien scolarisé en anglais au Canada – et non la seule communauté anglo-québécoise préétablie et scolarisée en anglais au Québec – peut se prévaloir des alinéas 23(1)b) et 23(2) à l'intérieur de la province. Néanmoins, du

²⁰ Pour un résumé des débats et des enjeux relatifs à l'adoption de ladite clause, voir : Jean-Pierre PROULX, « Le choc des Chartes : histoire des régimes juridiques québécois et canadien en matière de langue d'enseignement », (1989) 23 *R.J.T.* 67, 199 et suiv.

²¹ *Charte de la langue française*, L.Q. 1977, c. 5, art. 73.

²² Comme ceci sera confirmé ultérieurement par la Cour suprême dans l'arrêt *P.G. (Qué.) c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 *R.C.S.* 66.

²³ *Quebec Association of Protestant School Boards c. P.G. du Québec*, [1982] *C.S.* 673, 676.

²⁴ *Id.*, 674.

²⁵ *P.G. du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1983] *C.A.* 77, 79.

²⁶ *P.G. (Qué.) c. Quebec Association of Protestant School Boards*, préc., note 21, 79 et 80.

fait de l'article 59 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la « clause Canada » ne peut s'appliquer à la communauté allophone, pourtant beaucoup plus importante en nombre.

A. Arrêt *Solski*

En 1993, l'Assemblée nationale adopte la Loi 86 ou *Loi modifiant la Charte de la langue française*²⁷, laquelle, du fait de l'arrêt *Protestant Boards*, vise à amender l'article 73 de la *Charte de la langue française* de la manière suivante :

Article 73. Peuvent recevoir l'enseignement en anglais, à la demande d'un de leurs parents :

- 1) les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et a reçu un enseignement primaire en anglais au Canada, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire au Canada;
- 2) les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et qui a reçu ou reçoivent un enseignement primaire ou secondaire en anglais au Canada, de même que leurs frères et sœurs, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire ou secondaire reçu au Canada;
- 3) les enfants dont le père et la mère ne sont pas citoyens canadiens, mais dont l'un d'eux a reçu un enseignement primaire en anglais au Québec, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu au Québec [...].²⁸

Il est à noter que les deux premiers alinéas donnent respectivement suite aux articles 23(1)*b*) et 23(2) de la Charte, en ajoutant toutefois la composante fondamentale suivante : « majeure partie »²⁹. Celle-ci, comme on peut le constater à la lecture de l'article 23, n'y apparaît à nul endroit. On en vient ainsi, par définition, à rendre plus difficile l'exercice des droits prévus, ceci étant d'autant plus vrai que le critère de la « majeure partie » se veut exclusivement quantitatif³⁰.

²⁷ L.Q. 1993, c. 40.

²⁸ *Id.*, art. 24.

²⁹ *Charte de la langue française*, RLRQ, c. C-11, art. 73 (ci-après « CQLF »).

³⁰ *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, préc., note 15, par. 25 : « [Le ministre] décide de l'admissibilité uniquement en fonction du nombre de mois passés à étudier dans chaque langue, sans tenir compte d'autres facteurs comme l'existence de programmes linguistiques ou de problèmes d'apprentissage ou d'autres difficultés. » Voir aussi : James B. KELLY, « Les limites de la mobilisation judiciaire », dans François ROCHER et Benoît PELLETIER (dir.), *Le nouvel ordre constitutionnel canadien : du rapatriement de 1982 à nos jours*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2013, p. 205, à la page 219.

La Cour suprême rappelle, d'entrée de jeu, les divers principes interprétatifs devant guider son appréciation. L'article 23, au contraire des appréhensions initiales, juxtapose un volet « droits collectifs » à celui, manifeste, assurant son caractère individualiste³¹. Celui-ci constitue, ainsi, une disposition de nature hybride³². À ce sujet, le professeur Foucher écrit :

L'article 23 est d'un genre nouveau au Canada, puisque sa nature est hybride. Certes, il confère des droits à des individus, selon ses termes mêmes. Cependant, il a un caractère collectif, non seulement parce qu'il est exercé quand les nombres le justifient, mais surtout puisqu'il n'a de sens que par l'existence et la nécessité de protéger une collectivité minoritaire. Les droits sont conférés à des individus, mais en vue du développement d'une communauté minoritaire. On ne doit donc pas les interpréter seulement en fonction des catégories que l'article 23 définit, mais surtout selon son objet collectif. Par contre, il ne s'agit pas d'un droit collectif proprement dit, car il ne dépend pas de la volonté d'une majorité de minoritaires.³³

Selon la Cour, l'interprétation d'une telle disposition amènera, par voie de conséquence, une prise en considération du contexte applicable et, si nécessaire, une certaine forme d'asymétrie pro-fait français au Québec :

L'interprétation judiciaire fait alors face à la responsabilité de concilier des priorités et intérêts parfois divergents et de ménager l'avenir de chaque communauté linguistique. Ainsi, le contexte social, démographique et historique de notre pays constitue nécessairement la toile de fond de l'analyse des droits linguistiques. Celle-ci ne saurait s'effectuer dans l'abstrait, sans égard au contexte qui a conduit à la reconnaissance de ces droits ou aux préoccupations auxquelles leurs modalités d'application actuelles sont censées répondre.³⁴

Bien au fait de la réalité particulière de la province, elle ajoute :

³¹ Cette dimension collective a été reconnue par la jurisprudence et la doctrine préalablement aux arrêts *Solski* et *Nguyen* : *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, par. 28; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, par. 27 et 29; Pierre NOREAU, « Constitutionnalisme et communautés linguistiques : une synthèse possible pour un avenir incertain », dans André BRAËN, Pierre FOUCHER et Yves LE BOUTHILLIER (dir.), *Langues, constitutionnalisme et minorités*, Markham, LexisNexis Butterworths, 2006, p. 705, aux pages 720 et 721 (compte-rendu d'une conférence présentée à l'Université d'Ottawa en novembre 2004).

³² Voir à cet effet : *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, préc., note 15, par. 4 et 23; Michel DOUCET, « L'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* », dans Errol MENDES et Stéphane BEAULAC (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés / Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 5^e éd., Markham, LexisNexis, 2014.

³³ Pierre FOUCHER, « Éducation, langues d'instruction et droit constitutionnel », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit public », *Droit constitutionnel*, fasc. 13, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 15 février 2016, n° 30 (LN/QL) (nous soulignons) (références omises).

³⁴ *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, préc., note 15, par. 5.

Dans cet esprit, notre Cour s'est montrée sensible aux inquiétudes et à la dynamique linguistique du Québec, où se trouve concentrée la majorité des membres de la minorité francophone du Canada.

[...] l'adoption de l'art. 23 de la *Charte canadienne* confirmait l'intention du constituant de garantir à toutes les minorités linguistiques au Canada des droits scolaires en principe identiques [...] Cependant, ce principe connaît une atténuation importante dans le cas du Québec. En effet, l'art. 59 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que l'al. 23(1)a ne s'applique pas au Québec. [...] Par cette définition de catégories de titulaires de droits, en principe uniformes dans l'ensemble du Canada, mais restreintes au Québec par l'effet de l'art. 59, le constituant a aussi écarté la solution du libre choix de la langue d'enseignement au Québec.

[...] l'anxiété d'une partie importante des francophones québécois à l'égard de l'avenir de leur langue était un fait connu, ne serait-ce qu'en raison des perturbations qu'elle engendrait dans la vie politique canadienne ou encore davantage celle du Québec. Notre Cour a d'ailleurs reconnu l'existence de cette crainte des francophones québécois de voir disparaître leur langue maternelle, lorsqu'elle a procédé, en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*, à une analyse de la preuve soumise par les parties pour démontrer l'existence d'un objectif important et légitime de la loi sur la langue d'affichage (*Ford*, p. 778).³⁵

Quant à son analyse de la question, et malgré le fait que l'aspect « majeure partie » semble entrer directement en conflit avec les dispositions de l'article 23 de la *Charte canadienne*, la Cour confirme néanmoins le caractère *intra vires* de l'article 73(2)³⁶ de la *Charte de la langue française*. Il suffira, nous dit-elle, d'interpréter ce dernier en conformité avec l'article 23(2) de la *Charte canadienne*³⁷.

En fait, ce n'est pas tant le concept de « majeure partie » qui, en l'espèce, pose problème, mais plutôt le fait que ces mêmes termes font appel, selon Québec, à une évaluation strictement quantitative³⁸. Plutôt que de déclarer l'inconstitutionnalité de l'article 73(2), la Cour opte pour la médecine douce, soit celle de l'interprétation atténuée³⁹. Pour ce faire, il suffira d'adjoindre un volet qualitatif au concept de « majeure partie », ceci ayant

³⁵ *Id.*, par. 7-9 (références omises).

³⁶ Tel que modifié par la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, préc., note 27.

³⁷ *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, préc., note 15, par. 11.

³⁸ *Id.*, par. 25.

³⁹ *Id.*, par. 36.

pour effet de rendre l'évaluation du parcours plus contextuelle et, par conséquent, d'assurer le caractère *intra vires* dudit l'article 73(2)⁴⁰.

Quant à la préoccupation relative au nouveau phénomène des écoles passerelles, celles-ci pouvant permettre, selon le procureur général du Québec, un retour au modèle du libre choix dans la province, la Cour précise que : 1) les cas actuellement soumis précèdent l'adoption de la Loi 104, dont l'impact sera examiné plus loin, et n'y sont donc pas assujettis⁴¹; 2) en ce qui a trait aux enfants francophones, la Loi 104 semble avoir réglé la question (c'est-à-dire des écoles passerelles); 3) en ce qui a trait aux néo-Québécois, la question est un plus complexe, ceux-ci pouvant fréquenter l'école anglaise uniquement dans deux cas particuliers, soit l'obtention d'un certificat de séjour ou le fait d'être inscrit à une école privée non subventionnée. La Cour rappelle que, bien que la Loi 104 vise à écarter ces deux possibilités dans l'évaluation de « majeure partie », l'application de celle-ci, tout comme sa constitutionnalité, ne fait pas l'objet de ce pourvoi, et que ces questions, le cas échéant, seront déterminées en temps et lieu⁴². Tentant néanmoins de se faire rassurante sur le fait qu'une méthode qualitative puisse mettre un frein au stratagème des écoles passerelles, elle ajoute qu'un court passage dans une école de la minorité ne peut témoigner d'un engagement réel et ne peut suffire à obtenir le statut d'ayant droit prévu par la Charte canadienne⁴³.

En résumé, et malgré les critiques voulant que l'arrêt *Solski* constitue la suite et la résultante délétère de l'arrêt *Protestant Boards*⁴⁴, c'est-à-dire un recul pour la compétence québécoise quant à la langue d'enseignement, nous sommes d'avis qu'une analyse attentive de l'arrêt doit plutôt amener son lot de nuances. D'abord, la Cour se montre sensible, à maintes reprises, à la situation linguistique particulière dans laquelle se trouve le fait français au Québec. Deuxièmement, elle confirme la nécessité d'une évaluation asymétrique de l'article 23, ainsi que le volet « droits collectifs » inhérent à ce

⁴⁰ *Id.*, par. 38 et 46 : en considérant notamment le temps passé dans chaque programme, l'étape des études à laquelle le choix de la langue d'instruction a été fait, les programmes qui sont offerts ou qui l'étaient et l'existence ou non de problèmes d'apprentissage ou d'autres difficultés.

⁴¹ *Id.*, par. 58-60. La Cour donne ainsi raison, en l'espèce, aux familles *Solski*, *Casimir* et *Lacroix*.

⁴² *Id.*, par. 54.

⁴³ *Id.*, par. 39.

⁴⁴ Voir à cet effet : M. DOUCET, préc., note 32.

dernier, ces paramètres interprétatifs étant d'une importance majeure quant à l'essor des droits francophones partout au pays, notamment hors Québec⁴⁵. Ensuite, plutôt que de déclarer le caractère inconstitutionnel de l'article 73(2), la Cour prend la peine d'y aller d'une interprétation atténuée, laquelle assure la survie de la disposition contestée en y ajoutant un volet qualitatif, celui-ci, au demeurant, ne faisant qu'obliger une analyse plus équitable de la situation. Il aurait par ailleurs été ardu, voire impossible, pour la Cour de discuter en profondeur de la question des écoles passerelles, celles-ci étant permises par le législateur québécois au moment de la survenance des faits de l'affaire *Solski*. Enfin, et malgré ce qui précède, la Cour fait la démonstration qu'une approche qualitative peut, à son sens, stopper ou à tout le moins ralentir le phénomène des écoles passerelles. La *ratio* de *Solski* allait, en plusieurs sens, mettre la table pour sa suite logique, l'arrêt *Nguyen*.

B. Arrêt *Nguyen*

En 2002, l'Assemblée nationale adopte la Loi 104 ou la *Loi modifiant la Charte de la langue française*⁴⁶, loi invoquée dans l'arrêt *Solski*, tout juste analysé. Les amendements en matière éducationnelle sont jugés nécessaires vu l'émergence du phénomène des écoles dites « passerelles », ces écoles constituant un moyen de contourner l'essence de l'article 73⁴⁷. Il s'agit, en l'espèce, d'écoles privées non subventionnées (ci-après « EPNS »), offrant un enseignement en anglais⁴⁸.

La Cour suprême discute d'abord du rôle primordial de la loi examinée, ainsi que des tenants et aboutissants des dispositions en cause :

⁴⁵ Voir à titre d'exemple : *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21.

⁴⁶ L.Q. 2002, c. 28.

⁴⁷ L'article 3 de la Loi 104 prévoit la modification suivante à l'article 73 : « [i]l n'est toutefois pas tenu compte de l'enseignement en anglais reçu au Québec dans un établissement d'enseignement privé non agréé aux fins de subventions par l'enfant pour qui la demande est faite ou par l'un de ses frères et sœurs. Il en est de même de l'enseignement en anglais reçu au Québec dans un tel établissement, après le 1^{er} octobre 2002, par le père ou la mère de l'enfant. » Voir aussi : J.B. KELLY, préc., note 30, à la page 224.

⁴⁸ Pour une mise en contexte exhaustive, voir : Mark C. POWER, « Les droits linguistiques en matière d'éducation », dans Michel BASTARACHE et Michel DOUCET (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 657, à la page 692.

La [CQLF] constitue une loi d'importance majeure au Québec. Elle a reconnu le statut du français comme langue officielle du Québec, en plus d'établir un ensemble de règles relatives à son usage et à celui de l'anglais dans les domaines relevant de la compétence législative de l'Assemblée nationale du Québec. La [CQLF] détermine ainsi le cadre général de l'accès à l'enseignement public en langue anglaise au Québec.⁴⁹

Reprenant les motifs de *Solski*, la Cour conclut à l'inconstitutionnalité des alinéas 2 et 3 de l'article 73 de la *Charte de la langue française*, du fait que ces dispositions viennent effacer les périodes d'études en milieux privés du parcours scolaire de l'enfant, et ce, comme si elles n'avaient jamais eu lieu⁵⁰. En fait :

L'impossibilité d'évaluer complètement le cheminement scolaire d'un enfant pour déterminer l'étendue de ses droits linguistiques scolaires a pour effet de tronquer la réalité, en créant un parcours scolaire fictif dont l'examen ne permet pas d'appliquer correctement les garanties constitutionnelles. [...] il doit être tenu compte du cheminement scolaire de l'enfant pour déterminer s'il satisfait aux exigences du paragraphe 23(2) de la Charte canadienne. Supprimer de l'analyse un pan entier du parcours scolaire, en raison de la nature ou de l'enseignement reçu, ne permet pas l'analyse globale de la situation de l'enfant et de son parcours scolaire que commande l'arrêt *Solski*.⁵¹

Cette exigence du « parcours authentique » aura tacitement pour effet, nous dit la Cour, d'empêcher la qualification d'élèves issus d'écoles passerelles visant à contourner, de manière fallacieuse, les règles établies :

Les écoles dites « passerelles » semblent parfois des institutions créées dans le seul but de qualifier artificiellement des enfants pour l'admission dans le système d'éducation anglophone financé par les fonds publics. Lorsque des écoles sont établies principalement dans le but d'aménager le transfert d'élèves non admissibles au réseau anglophone financé par les fonds publics et que leur enseignement sert, en effet, à

⁴⁹ *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, préc., note 16, par. 3. La Cour ajoute : « [e]n principe, selon l'art.72 [CQLF], le français est reconnu comme langue officielle et commune de l'enseignement primaire et secondaire au Québec. La [CQLF] traite des dispositions permettant l'enseignement en langue anglaise comme exception à ce principe général. L'article 73, en particulier, précise que les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et a reçu la majeure partie d'un enseignement primaire en anglais au Canada peuvent avoir accès à l'enseignement public ou subventionné en anglais au Québec (al. 1(1)). Cette même possibilité est reconnue lorsque ce sont les enfants eux-mêmes qui ont reçu ou qui reçoivent la majeure partie de leur enseignement primaire ou secondaire en anglais au Canada (al. 1(2)). »

⁵⁰ *Id.*, par. 31.

⁵¹ *Id.*, par. 33.

réaliser le transfert, on ne saurait affirmer que l'on se retrouve devant un parcours scolaire authentique.⁵²

La Cour conclut ainsi à la non-justification de la violation du droit et, comme l'avait fait avant elle la Cour d'appel du Québec, confirme la déclaration d'invalidité des alinéas 2 et 3 de l'article 73 de la *Charte de la langue française*⁵³. Consciente des difficultés que peut entraîner ce type de déclaration, elle suspend les effets de celle-ci pour une période d'un an, le tout afin de permettre au législateur d'assurer le maintien de l'article 73, avec des ajustements respectant dorénavant les paramètres de l'article 23(2)⁵⁴. Quant aux dossiers présentés devant elle, la Cour refuse la demande visant à octroyer aux 131 requérants des certificats d'admissibilité à l'enseignement subventionné en anglais⁵⁵.

Ces dossiers sont plutôt soumis à l'évaluation du ministère de l'Éducation afin de déterminer si l'exigence qualitative de « majeure partie » élaborée dans l'affaire *Solski* et le principe « d'engagement authentique » établi sont, pour chaque cas de figure, respectés⁵⁶. Plus précisément, la Cour tend à conserver l'autonomie décisionnelle de l'exécutif, l'obligeant simplement à considérer le contexte qualitatif de chaque demande.

Comme l'explique Kelly :

Toutefois, comme la plupart des enfants des 131 familles n'avaient fréquenté des EPNS que pendant une très courte période de temps, il est peu probable qu'au terme de la réévaluation, certains d'entre eux allaient être admissibles à l'enseignement en anglais en vertu de l'article 73 en dépit des victoires judiciaires dans les affaires *Solski* et *Nguyen*.⁵⁷

La *ratio* de l'arrêt *Nguyen*, à l'instar de celle de *Solski*, est fortement décriée comme venant amputer considérablement l'autonomie de Québec en matière de langue

⁵² *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 15, par. 2, 30 et 31, cité dans *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, préc., note 16, par. 36.

⁵³ *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, préc., note 16, par. 46.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.*, par. 47. La Cour ordonne toutefois la délivrance du certificat à l'intimé Bindra, la preuve du droit de ce dernier étant, selon le tribunal, bien établie.

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ J.B. KELLY, préc., note 30. Il n'existe apparemment aucune donnée spécifique et formelle quant au sort des 131 certificats de l'affaire *Nguyen*. Peu de demandes ont été finalement effectuées, ceci s'expliquant notamment, selon Kelly, par l'important laps de temps écoulé entre les audiences du Tribunal administratif du Québec (TAQ) et la décision de la Cour suprême.

d'enseignement⁵⁸. À notre sens, un tel verdict fait fi de maintes considérations propres à ces décisions. Idem quant à leurs impacts concrets, c'est-à-dire leurs retombées pratiques. Ainsi, l'analyse de ces impacts permet d'esquisser un portrait global, et probablement plus juste, de la situation.

II. Considérations et impacts des arrêts *Solski* et *Nguyen*

Compte tenu de l'importance de ces deux arrêts dans la psyché politique et doctrinale québécoise, il convient de faire une analyse récapitulative et prospective de ces derniers, tant eu égard à leurs *ratios* qu'à leurs conséquences pratiques. Ceci viendra relativiser leur portée réelle, laquelle réside, selon nous, à mille lieues des idées reçues exprimées à ce jour à leur propos.

Malgré certaines apparences, que nous jugeons pour la plupart trompeuses, nous soutenons ici que les décisions *Solski* et *Nguyen* ne révèlent pas une insensibilité de la Cour suprême eu égard au caractère linguistique particulier du Québec. Pour tout dire, une analyse rigoureuse de la situation permet d'affirmer le contraire. Afin de rendre notre exercice de synthèse plus limpide, nous diviserons en segments les principales objections, réelles ou potentielles, formulées à l'endroit desdites décisions. Certains éléments, déjà soulevés au cours des pages précédentes, y trouveront, par la force des choses, de nouveau leur place.

A. Les arrêts *Solski* et *Nguyen* en viennent-ils à créer une nouvelle catégorie d'ayants droit aux termes de l'article 23?

⁵⁸ Eugénie BROUILLET, « Le fédéralisme canadien d'hier à aujourd'hui », (2010) 7 *Iura Vasconiae* 407, 420, en ligne : <<http://www.google.ca/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fdiagonalnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F3653896.pdf&ei=JIDrVN-yBvC1sAT64YLICQ&usg=AFQjCNHH5Rq0y4MHykBL5BFaaGppVabxTg>> (consulté le 16 avril 2018). Voir aussi : « Le jugement sur la loi 101 soulève les passions », *Ici Radio-Canada*, 22 octobre 2009, en ligne : <<http://ici.radio-canada.ca/nouvelles/politique/2009/10/22/005-reax-loi-104.shtml>> (consulté le 16 avril 2018), dans lequel on peut lire que « [...] Christine Saint-Pierre, ministre de la Culture, s'est dite "déçue", et même "choquée" par cette décision ».

Sachant l'exception québécoise permise par le constituant à l'article 23(1)a)⁵⁹, laquelle assure l'application de la *Charte de la langue française* aux néo-Canadiens s'établissant au Québec, il est effectivement loisible de s'interroger à l'effet suivant : les arrêts *Solski* et *Nguyen*⁶⁰ élargissent-ils, au contraire de la volonté du constituant, les catégories d'ayants droit de la Belle Province? En d'autres termes, la Cour permet-elle, par l'entremise de l'article 23(2), de faire indirectement ce que l'article 23(1)a) prohibe directement⁶¹? Assiste-t-on, de manière implicite, au retour du libre choix pour les enfants de tout immigrant s'installant au Québec, liberté pourtant condamnée de manière expresse par la *Charte de la langue française*?

On se doit, à notre avis, de répondre à ces questions par la négative. D'abord, la Cour est fort consciente de la volonté du constituant :

Comme notre Cour l'a déjà rappelé, le constituant n'a pas voulu, en adoptant l'art. 23, rétablir le principe du libre choix de la langue d'enseignement dans les provinces. L'application littérale du par. 23(2) pourrait cependant provoquer ce résultat et vider la [CQLF] de son contenu au sujet de la langue d'enseignement. De plus, une telle application se concilierait mal avec la notion de parcours scolaire authentique qui joue un rôle fondamental dans la détermination de l'appartenance aux catégories d'ayants droit.⁶²

Idem quant au danger potentiel que représentent les écoles passerelles à cet effet :

Toutefois, je ne veux pas nier les dangers que l'expansion illimitée des EPNS pourrait présenter pour les objectifs de préservation et d'épanouissement de la langue française au Québec. En l'absence de toute mesure susceptible de contrôler le développement de ce phénomène, les écoles passerelles pourraient devenir éventuellement un mécanisme permettant de manière quasi automatique de contourner les dispositions de la [CQLF] portant sur les droits scolaires linguistiques, de créer de nouvelles catégories d'ayants droit en vertu de la Charte canadienne et de rétablir indirectement un régime de libre choix linguistique dans le domaine scolaire au Québec.⁶³

⁵⁹ En combinaison avec l'article 59 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 4.

⁶⁰ On sait que seul l'arrêt *Nguyen* traite de la constitutionnalité de la Loi 104, mais il reste que l'arrêt *Solski* est, en un sens, venu mettre la table pour celui-ci.

⁶¹ Dans le sens où l'article 23(1)a) de la Charte canadienne ne peut trouver application au Québec tant et aussi longtemps que l'Assemblée nationale en décidera autrement, et ce, comme le prévoit l'article 59 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 4.

⁶² *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, préc., note 16, par. 35.

⁶³ *Id.*, par. 43.

Comment alors, compte tenu de ce qui précède, la Cour peut-elle justifier l'application de l'article 23(2) aux faits en cause? La réponse se trouve, à notre sens, dans le passage suivant :

La protection accordée par la *Charte canadienne* n'établit aucune distinction entre le type d'enseignement reçu par l'enfant, le caractère public ou privé de l'établissement d'enseignement ou encore la source de l'autorisation en vertu de laquelle l'enseignement est dispensé. Le paragraphe 23(2) de la *Charte canadienne* traduit davantage une réalité factuelle où des droits en matière linguistique sont protégés lorsque, compte tenu de l'ensemble de la situation de l'enfant et selon une analyse à la fois subjective et objective de son parcours, il est établi que celui-ci reçoit ou a reçu de l'instruction dans l'une des deux langues officielles du Canada. C'est donc le fait d'avoir reçu de l'instruction dans une langue qui permet l'exercice du droit constitutionnel. Cette interprétation rejoint d'ailleurs l'objectif premier du par. 23(2), à savoir favoriser la continuité d'emploi de la langue d'instruction.⁶⁴

Ainsi, et puisque l'article 23(2) ne distingue aucunement école publique ou privée, le simple fait pour le législateur québécois de refuser l'application de la *Charte de la langue française* aux EPNS en vient à rendre les élèves de celles-ci bénéficiaires, quoique de manière indirecte, du droit prévu à ce même article 23(2). Comme l'écrit la Cour, noir sur blanc : « [c]'est donc le fait d'avoir reçu de l'instruction dans une langue qui permet l'exercice du droit constitutionnel »⁶⁵.

Bien entendu, il aurait été souhaitable, voire préférable, que le Tribunal s'exprime plus clairement dans ce passage soulevé, histoire d'éviter toute ambiguïté interprétative. Il nous semble néanmoins qu'une lecture attentive de ce passage, bien que relativement discret, nous amène à conclure dans le sens discuté, aucune autre interprétation de ce propos de la Cour ne pouvant offrir un minimum de sens logique. Cette conclusion est d'ailleurs étayée par le fait suivant : à nul endroit dans ses décisions la Cour prétend-elle que les parents d'enfants fréquentant une EPNS sont des ayants droit au sens de l'article 23, bien qu'ils puissent, eu égard aux présentes circonstances, bénéficier de son application, même temporaire. Du reste, notons que cette façon qu'a la Cour d'appliquer

⁶⁴ *Id.*, par. 32 (nous soulignons).

⁶⁵ *Id.* Voir à cet effet : M.C. POWER, préc., note 48, à la page 702 : « À partir du moment où un enfant reçoit ou a reçu son instruction dans l'une ou l'autre des langues officielles, son ou ses parents ont, selon la Constitution, le droit de faire instruire tous leurs enfants dans cette langue. De ce fait, la décision de permettre à un enfant d'être inscrit dans la langue de la minorité revêt une importance critique. »

l'article 23(2) semble s'inspirer fortement de l'arrêt *Abbey*⁶⁶, rendu en 1999 par la Cour d'appel de l'Ontario, soit avant les arrêts *Solski* et *Nguyen*. Dans cette affaire, la Cour reconnaît que la *Loi sur l'éducation* de l'Ontario, qui permet aux conseils scolaires francophones d'admettre au sein de leurs écoles des non-ayants droit au sens de l'article 23, ajoute ainsi au compromis constitutionnel⁶⁷. Toujours selon la Cour, c'est ainsi qu'un enfant non-ayant droit, admis par un comité d'admission formé conformément à la loi, pourra dès lors tirer profit de la protection de l'article 23(2)⁶⁸. Il en ira de même pour tout autre enfant admis, tant et aussi longtemps que la loi permettra de tels privilèges aux non-ayants droit. Il est facile d'admettre, en l'espèce, la ressemblance frappante avec la *ratio* de l'arrêt *Nguyen*.

De plus, et peut-être de manière ironique, le législateur québécois semble partager les conclusions qui précèdent⁶⁹. Une lecture du mémoire de la procureure générale du Québec déposé dans la très récente affaire de la *Commission scolaire francophone du Yukon*⁷⁰ suffit pour s'en convaincre.

Traitant d'abord de l'exception prévue aux articles 23(1)a) et 59 de la Charte canadienne, elle explique :

[...] il apparaît clairement de cette exception québécoise que le constituant a choisi de laisser aux autorités étatiques la décision d'admettre ou non les « citoyens dont la première langue apprise et encore comprise » est l'anglais dans les écoles de la minorité. La Cour a reconnu que cette approche visait à ne pas participer à l'affaiblissement du fait français au Québec par l'intégration de nouveaux immigrants

⁶⁶ *Abbey (litigation Guardian of) v. Essex County Board of Education*, (1999) 42 O.R. (3rd) 481 (Ont. C.A.).

⁶⁷ *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, c. E-2. La Colombie-Britannique en fait d'ailleurs autant : *School Act*, R.S.B.C. 1996, c. 412, art. 166.24. Voir aussi le paragraphe 56 du mémoire déposé par la procureure générale du Québec dans l'affaire *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale)*, 2015 CSC 25, qui résume la présente affaire : PROCUREURE GÉNÉRALE DU QUÉBEC, « Mémoire de l'intervenante la procureure générale du Québec », Cour suprême du Canada, 18 décembre 2014, en ligne : <http://www.scc-csc.ca/WebDocuments-DocumentsWeb/35823/FM050_Intervenante_procureure-g%C3%A9n%C3%A9rale-du-Qu%C3%A9bec.pdf> (consulté le 16 avril 2018), par. 56.

⁶⁸ *Abbey (litigation Guardian of) v. Essex County Board of Education*, préc., note 66, par. 24 et 27.

⁶⁹ Ironique dans l'optique où il pourrait, selon ses propres dires, mettre lui-même fin au phénomène des écoles passerelles, et ce, sans que les tribunaux puissent l'empêcher d'agir en ce sens.

⁷⁰ *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale)*, préc., note 67.

anglophones au réseau scolaire anglophone. Il serait contraire à cette manifestation claire de l'intention du constituant de permettre que ces mêmes anglophones puissent être indirectement admis dans les écoles anglaises du Québec par le biais du paragraphe 23(3). Il serait encore plus incongru que ce paragraphe permette d'admettre toute autre personne intéressée à apprendre l'anglais.⁷¹

Cela dit, « [a]u Québec, le législateur fait également preuve d'ouverture en matière de droits scolaires en accordant des droits qui vont au-delà du minimum constitutionnel établi par l'article 23. »⁷²

Enfin, se penchant directement sur la question soulevée dans l'affaire de la *Commission scolaire francophone du Yukon*⁷³, la procureure générale poursuit et conclut :

Cette approche généreuse en matière d'admissibilité à l'école de la minorité permet à plusieurs enfants de non-ayants droit de recevoir une instruction dans la langue minoritaire [...] Cependant, une telle approche n'est pas requise par l'article 23 puisqu'elle va au-delà du compromis constitutionnel traduit par cette disposition. Elle relève de la seule volonté du législateur qui pourra choisir de modifier ou même d'abroger un tel droit statutaire.⁷⁴

Comme en témoigne l'ensemble de ces propos, la procureure générale admet que Québec accorde, de son plein gré, certains privilèges linguistiques à sa communauté allophone. Ces privilèges sont, toujours de l'avis même de la procureure générale, la source et la cause de l'assujettissement de la *Charte de la langue française* à l'article 23(2) de la

⁷¹ PROCUREURE GÉNÉRALE DU QUÉBEC, préc., note 67, par. 32 et 33 (nous soulignons). Voir à cet effet : P. FOUCHER, préc., note 33, n° 29 : « L'article 23 n'envisage pas la langue dans sa fonction communicationnelle et instrumentale, mais dans sa fonction identitaire et culturelle. Déjà, la Cour d'appel de l'Ontario avait souligné ce point en mentionnant que l'article 23 signifiait plus, en Ontario, que des enseignants qui dispensent de l'instruction en français à des élèves qui la reçoivent dans cette langue, et que les établissements d'enseignement devaient être objectivement identifiables à la minorité linguistique. Ce point est parfois perdu de vue au Québec, où on a tendance à envisager les écoles de langue anglaise comme des endroits tout désignés pour aller apprendre la langue seconde, une tendance observable aussi hors Québec par rapport aux écoles de langue française. Il n'en est rien, même si des ayants droit peuvent effectivement être motivés par de telles considérations. La vocation première de l'article 23 est de maintenir la culture de la minorité et de permettre sa transmission grâce à l'éducation [...]. » (nous soulignons) (références omises). À propos de l'objet de l'article 23, voir aussi : Yves LE BOUTHILLIER, « L'affaire *Mahé* et les droits scolaires : difficultés de mise en œuvre d'un droit proportionnel aux effectifs d'une minorité », (1990) 22 *R.D. Ottawa* 77, 86-93.

⁷² PROCUREURE GÉNÉRALE DU QUÉBEC, préc., note 67, par. 57. On cite à l'appui de ce qui précède les articles 76.1, 81, 85, 85.1 et 97 CQLF, lesquels ajoutent effectivement des droits non prévus aux fins de l'article 23 de la Charte canadienne.

⁷³ *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale)*, préc., note 67.

⁷⁴ PROCUREURE GÉNÉRALE DU QUÉBEC, préc., note 67, par. 53 et 54.

Charte canadienne. Par voie de déduction, si « [...] cette approche généreuse [...] relève de la seule volonté du législateur qui pourra choisir de modifier ou même abroger un tel droit statutaire [...] »⁷⁵, on peut ainsi conclure que Québec admet qu'il pourrait, sans ambages et sans intervention future de la Cour, mettre fin lui-même, une fois pour toutes, au phénomène des écoles passerelles.

Il est d'ailleurs ici à noter que tel est l'avis de maints intervenants et experts dans le domaine, lesquels ont déjà pressé le législateur d'appliquer sa *Charte de la langue française* aux EPNS, notamment lors des débats entourant l'adoption de la Loi 103. Celle-ci visait à donner suite à l'arrêt *Nguyen*. Selon les professeurs Daniel Proulx et Jean-Pierre Proulx :

[...] la seule option réaliste et raisonnable qui s'offre au législateur québécois pour mettre fin aux écoles-passerelles, c'est d'appliquer le régime linguistique général de la [CQLF] à toutes les écoles anglaises primaires et secondaires, qu'elles soient subventionnées ou non [...]. Rien dans la Constitution, dans la Charte canadienne ou québécoise, ni même en droit international n'interdit au législateur québécois de prévoir les conditions d'accès à l'école anglaise non subventionnées comme il le fait déjà pour les écoles subventionnées. Il lui est donc possible d'appliquer le critère de l'alinéa 23(1)b) et du paragraphe 23(2) de la Charte canadienne à toutes les écoles anglaises du Québec, sans exception [...].⁷⁶

En mars 2010, le Conseil supérieur de la langue française émet à la ministre responsable un avis allant dans le même sens. L'assujettissement des EPNS est nécessaire, selon le Conseil, afin de n'éviter rien de moins que la « déconstruction sociale »⁷⁷. Précisant que « [q]uoi qu'en décide le gouvernement, il est important que les règles qui seront adoptées mettent le Québec à l'abri de situation où les tribunaux seraient incapables de faire prévaloir la décision unanime d'un parlement de faire échec au contournement d'une loi »⁷⁸. C'est ainsi que la troisième recommandation de l'avis veut que : « [l]e Conseil

⁷⁵ *Id.*, par. 54.

⁷⁶ Daniel PROULX et Jean-Pierre PROULX, « Jugement sur la loi 104 – Imposer la loi 101 aux écoles privées non subventionnées », *Le Devoir*, 11 novembre 2009, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/societe/education/274476/jugement-sur-la-loi-104-imposer-la-loi-101-aux-ecoles-privées-non-subventionnées>> (consulté le 16 avril 2018).

⁷⁷ CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Avis sur l'accès à l'école anglaise à la suite du jugement de la Cour suprême du 22 octobre 2009*, 2010, en ligne : <<http://www.cslf.gouv.qc.ca/publications/avis204/a204.pdf>> (consulté le 16 avril 2018), p. 32.

⁷⁸ *Id.*, p. 34.

supérieur de la langue française recommande de soumettre les [EPNS] à la *Charte de la langue française*. »⁷⁹

B. Les arrêts *Solski* et *Nguyen* sont-ils la résultante d'une analyse trop symétrique de l'article 23 ou encore d'une méconnaissance du phénomène des écoles passerelles?

Nous devons, encore ici, répondre par la négative. Sans reprendre l'ensemble des analyses précédentes, rappelons simplement que la Cour fait état, à maintes reprises, de la situation distincte québécoise au niveau linguistique, de la fragilité du fait français au Québec⁸⁰. Les objectifs de la *Charte de la langue française* sont ainsi « nobles et légitimes »⁸¹, et il importe d'évaluer ceux-ci eu égard au contexte particulier dans lequel la loi est adoptée, c'est-à-dire de manière asymétrique, en un sens⁸². D'ailleurs, toute interprétation de l'article 23 devra considérer non seulement son volet individuel, mais aussi collectif⁸³. Quant au danger que représente la prolifération des écoles passerelles, celui-ci est reconnu à plusieurs reprises par la Cour⁸⁴. Elle précise, à cet effet, que jamais la fréquentation de ces écoles ne pourrait permettre à un élève de satisfaire au critère du « parcours authentique »⁸⁵. Ce dernier se veut d'ailleurs le meilleur remède afin d'endiguer le phénomène⁸⁶, un séjour de moins d'un an risquant en effet d'être insuffisant aux fins du concept de « parcours authentique »⁸⁷. Enfin, et comme la Cour le détermine

⁷⁹ *Id.*, p. 40. Voir aussi la position du regroupement IPSO : *Le projet et loi 103, un projet de loi irrespectueux de la Charte de la langue française*, Mémoire présenté par Les Intellectuels pour la souveraineté (IPSO) à la Commission parlementaire de la culture et de l'éducation de l'Assemblée nationale, 15 août 2010, en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/Media/Process.aspx?MediaId=ANQ.Vigie.Bll.DocumentGenerique_39057&process=Default&token=ZyMoxNwUn8ikQ+TRKYwPCjWrKwg+vIv9rjjj7p3xLGTZDmLVSmJLoqe/vG7/YWzz> (consulté le 16 avril 2018).

⁸⁰ *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, préc., note 15, par. 38 et 39; *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, préc., note 15, par. 40.

⁸¹ *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, préc., note 16, par. 38.

⁸² *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, préc., note 15, par. 4 et 23.

⁸³ *Id.*

⁸⁴ *Id.*, par. 53; *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, préc., note 16, par. 43.

⁸⁵ *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, préc., note 16, par. 36.

⁸⁶ *Id.*; *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, préc., note 15, par. 52.

⁸⁷ *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, préc., note 14, par. 39; *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, préc., note 16, par. 44.

dans l'arrêt *Solski*, avant de le réitérer dans l'arrêt *Gosselin*⁸⁸, rendu le même jour, les francophones québécois ne peuvent se qualifier d'ayants droit en vertu de l'article 23⁸⁹.

C. Le caractère clément des mesures réparatrices adoptées

Il ne fait aucun doute que la Cour suprême, lors d'évaluation de dossiers mettant en cause les francophones hors Québec, fait preuve d'une sévérité et d'une intransigeance marquées⁹⁰ quant aux sanctions imposées aux provinces fautives. Les cas québécois à l'étude sont, du moins à cet égard, traités bien différemment. Rappelons en effet que la Cour, dans l'arrêt *Solski*, y va d'une interprétation atténuée, ceci visant à assurer la constitutionnalité de l'article 73 de la *Charte de la langue française*. Ainsi, et sans affecter le contenu de ce dernier, les évaluations du ministre devront dorénavant aussi tenir compte de l'aspect qualitatif. Quant à l'arrêt *Nguyen*, on suspend la déclaration d'invalidité et on renvoie l'ensemble des dossiers litigieux⁹¹ au ministre pour étude, laquelle, selon les critères établis par la Cour en termes de « parcours authentique », risque de nouveau de donner tort à Nguyen et al. ainsi qu'à bon nombre des prochains requérants⁹². En bref, on peut ici remarquer une certaine souplesse, voire une clémence, qui est pour le moins aux antipodes des décisions de la Cour en matière de droits francophones hors Québec.

D. Au-delà de la symbolique : les répercussions concrètes des arrêts *Solski* et *Nguyen*

Au-delà de la symbolique, qu'en est-il des suites concrètes des raisonnements et des conclusions rendus dans *Solski* et *Nguyen*? Le législateur québécois, on le sait maintenant, a bénéficié d'un délai d'un an afin de rendre conformes à l'article 23(2) de la Charte canadienne les deux dispositions jugées problématiques de la *Charte de la langue*

⁸⁸ *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, préc., note 52.

⁸⁹ *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, préc., note 15, par. 58.

⁹⁰ Voir notamment : *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, préc., note 30; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, préc., note 31; *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, préc., note 44.

⁹¹ À l'exception du dossier *Bindra*, lequel faisait appel à d'autres concepts.

⁹² Voir à cet effet : J.B. KELLY, préc., note 30.

française. C'est ainsi qu'après diverses polémiques entourant le projet de loi 103⁹³, l'Assemblée nationale adopte, dans les délais prescrits, la Loi 115, copie quasi conforme du précédent projet de loi.

Cette réponse qu'est la Loi 115⁹⁴ aurait ironiquement introduit une approche contemporaine plus contraignante à l'admissibilité à l'enseignement en langue anglaise au Québec que la Loi 104⁹⁵. En effet, lors des années précédant l'adoption de la Loi 115, entre 800 et 1000 élèves profitaient annuellement de la brèche créée dans la *Charte de la langue française* afin de bénéficier d'un tremplin vers le réseau anglophone subventionné⁹⁶. De ce nombre, on pouvait compter approximativement 25% de francophones souhaitant apprendre la langue de Shakespeare⁹⁷.

Depuis l'entrée en vigueur de la Loi 115 en octobre 2010, le nombre de demandes ne cesse de diminuer. Voici la répartition temporelle de ces dernières⁹⁸ :

2010-2011	141
2011-2012	85
2012-2013	74
2013-2014	89
2014-2015	68
2015-2016	62

Ainsi, d'octobre 2010 à décembre 2015, le gouvernement du Québec aura traité seulement 519 demandes d'admissibilité à l'enseignement en anglais⁹⁹. Seules 55

⁹³ *Loi modifiant la Charte de la langue française et d'autres dispositions législatives*, projet de loi n° 103 (présentation – 8 septembre 2010), 1^{re} sess., 39^e légis. (Qc).

⁹⁴ *Loi faisant suite aux décisions judiciaires en matière de langue d'enseignement*, L.Q. 2010, c. 23.

⁹⁵ Pour une analyse de la Loi 115, voir : J.B. KELLY, préc., note 30, aux pages 228-230.

⁹⁶ Jacques LECLERC, « Les modifications à la *Charte de la langue française* », dans *L'aménagement linguistique dans le monde*, en ligne : <<http://www.axl.cefan.ulaval.ca/amnord/Quebec-6Charte-modif.htm>> (consulté le 16 avril 2018).

⁹⁷ *Id.* Ces derniers, depuis l'arrêt *Gosselin*, rendu le même jour que l'arrêt *Solski*, ne peuvent plus se prévaloir d'écoles passerelles.

⁹⁸ Ministère de l'Éducation du Québec, cité dans Philippe ORFALI, « Les "écoles passerelles" n'ont pas la cote », *Le Devoir*, 5 janvier 2016, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/societe/education/459351/acces-a-l-ecole-anglophone-les-ecoles-passerelles-n-ont-pas-la-cote>> (consulté le 16 avril 2017).

⁹⁹ *Id.*

demandes auront d'ailleurs été acceptées lors de l'année 2015¹⁰⁰. Cette baisse massive d'obtention des certificats d'admissibilité s'explique fort probablement par les nouveaux critères d'évaluation du « parcours authentique » mis en place par la Loi 115, celle-ci obligeant que l'élève soit inscrit à une EPNS durant un minimum de trois ans, et imposant un complexe système de pointage, par ailleurs considéré arbitraire par certains, sous l'emprise duquel l'élève, en plus des trois ans requis, se doit d'obtenir un minimum de 15 points.

Une autre raison de cette baisse se trouve probablement dans le fait de l'arrêt *Gosselin*¹⁰¹, lequel interdit aux enfants francophones de transiter d'une EPNS vers le réseau public anglophone. Notons par ailleurs la vive opposition de l'Association des commissions scolaires du Québec aux projets de loi 103 et 115, celle-ci craignant alors une chute importante des inscriptions auprès des établissements anglophones¹⁰². Ces derniers, subissant actuellement une baisse d'achalandage annuelle d'environ 20 %¹⁰³, étaient, avant l'adoption de la Loi 115 et l'arrêt *Gosselin*, les premiers bénéficiaires des transits décriés.

Enfin, et sans renier l'importance du principe en cause, il faut néanmoins préciser que les écoles passerelles, au plus fort de la crise, étaient utilisées par moins de 1,5 % de l'ensemble des élèves fréquentant les établissements anglophones¹⁰⁴. Le réseau scolaire québécois compte, dans son ensemble et toutes langues d'enseignement confondues, approximativement un million d'élèves aux niveaux primaire et secondaire¹⁰⁵. La fréquentation des écoles passerelles s'est d'ailleurs amenuisée considérablement depuis les nouvelles mesures. On parle ainsi dorénavant d'une cinquantaine d'autorisations, soit

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, préc., note 52.

¹⁰² J. LECLERC, préc., note 96.

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ *Id.*; *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, préc., note 16, par. 42.

¹⁰⁵ MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION, DE L'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR ET DE LA RECHERCHE, « Statistiques de l'éducation – Éducation préscolaire, enseignement primaire et secondaire, Édition 2014 », Gouvernement du Québec, 2015, en ligne : <http://www.education.gouv.qc.ca/fileadmin/site_web/documents/PSG/statistiques_info_decisionnelle/indicateurs_2014_fr.pdf> (consulté le 16 avril 2018), p. 34.

d'environ 0,075 % des étudiants fréquentant les institutions anglophones ou, si l'on préfère, de 0,000015 % de l'ensemble des étudiants du réseau québécois¹⁰⁶.

*

**

Les constatations qui précèdent révèlent un décalage important, voire frappant, avec le propos acide et alarmiste de la doctrine nationaliste. Ce qui précède confirme, à notre sens, la thèse de Leclair : la doctrine dominante québécoise, empreinte d'un fort nationalisme méthodologique, en est venue, sciemment ou non, à ignorer la réalité. À avoir créé, en un sens et en tout respect, ce qu'il faut bien qualifier d'univers constitutionnel parallèle¹⁰⁷.

D'abord, l'article 23 de la Charte canadienne, bien que d'inspiration originalement individualiste, est dorénavant considéré comme hybride, c'est-à-dire ayant à la fois un volet individuel et un volet collectif. Ce deuxième volet a notamment été utilisé pour protéger la langue française au Québec, par exemple : a) en refusant l'inscription des francophones aux écoles anglophones publiques (arrêt *Gosselin*); b) en y allant d'une interprétation atténuée (arrêt *Solski*); c) en assurant une réparation beaucoup plus clémente et flexible que celle d'ordinaire réservée aux gouvernements de provinces majoritairement anglophones (arrêt *Nguyen*).

Bien que les arrêts rendus en matière éducative puissent, à première vue, soulever des doutes sur le caractère asymétrique de l'article 23, une analyse en profondeur de ceux-ci témoigne du contraire, c'est-à-dire de l'importance pour la Cour de reconnaître

¹⁰⁶ Notons d'ailleurs que depuis 1983, la proportion d'élèves allophones fréquentant l'école anglophone est passée de 48 % à 14,6 % pour l'ensemble du territoire québécois, et de 50,9 % à 15,8 % dans l'île de Montréal. Voir : MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION, DU LOISIR ET DU SPORT, « Indicateurs linguistiques dans le secteur de l'éducation », Gouvernement du Québec, 2011, en ligne : <http://www.education.gouv.qc.ca/fileadmin/site_web/documents/publications/IndicLinguistiquesDomaineEduc2011_p.pdf> (consulté le 16 avril 2018).

¹⁰⁷ Voir : Jean LECLAIR, « Vers une pensée politique fédérale : la répudiation du mythe de la différence québécoise "radicale" », dans André PRATTE (dir.), *Reconquérir le Canada : un nouveau projet pour la nation québécoise*, Montréal, Éditions Voix parallèles, 2007, p. 39.

les particularismes québécois. Quant aux effets concrets des décisions discutées, rappelons que l'impact de l'instauration de la « clause Canada » se veut, tout au plus, minimaliste. Il en va de même pour le phénomène des écoles passerelles, celui-ci étant limité, depuis l'adoption de la Loi 115 suivant l'arrêt *Nguyen*, à une cinquantaine de transferts annuels maintenant permis par le ministère de l'Éducation. Ceci s'explique par l'adoption de règles considérablement plus restrictives et arbitraires, laissant une discrétion importante au ministère. À ce propos, mentionnons que de l'aveu même du procureur général du Québec, la province pourrait facilement éradiquer ce phénomène en rendant la Loi 101 applicable aux EPNS, chose permise par la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Enfin, soulignons que jamais les arrêts québécois relatifs à l'article 23 n'ont accordé ou réinstauré un quelconque droit à la communauté anglo-québécoise. Rappelons que celle-ci n'est aucunement visée par l'ajout de la « clause Canada », et que les arrêts *Solski*, *Nguyen* et *Gosselin* traitent respectivement et uniquement de la situation juridique des groupes allophones et de celle de la majorité francophone dans la province.

Reprenant les propos de Rosenberg sur les limites intrinsèques à la mobilisation judiciaire¹⁰⁸, qui selon lui requièrent une réponse législative, Kelly conclut que l'enjeu de la langue d'enseignement au Québec confirme la justesse de cette thèse du fait que « [...] plusieurs exemples de mobilisations judiciaires réussies ont été renversés par voie législative par des amendements subséquents apportés à la *Charte de la langue française* »¹⁰⁹. L'exemple de la Loi 115 est, à cet effet, des plus probants.

Doucet ajoute, pour sa part, qu'il est manifeste que l'article 23 « [...] a eu une incidence beaucoup plus importante dans les ressorts où la langue minoritaire est le français, puisque la communauté anglophone du Québec bénéficiait depuis de nombreuses années de ses propres institutions d'enseignement »¹¹⁰. Rappelant les différences fondamentales

¹⁰⁸ Gerald N. ROSENBERG, *Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, 2^e éd., coll. « American Politics and Political Economy », Chicago, University of Chicago, 2008.

¹⁰⁹ J.B. KELLY, préc., note 30, à la page 231.

¹¹⁰ M. DOUCET, préc., note 32, à la page 1119.

entre « [...] le développement du droit à l'éducation dans la langue de la minorité dans les provinces à majorité anglophone et son développement au Québec »¹¹¹, il remarque enfin que si « [d]ans le premier cas, les demandes sont surtout centrées sur le droit à des établissements scolaires et le droit à la gestion de ceux-ci, au Québec les demandes concernent surtout la possibilité pour la majorité [lire les francophones] et les immigrants d'avoir accès aux écoles de la minorité »¹¹².

Conséquemment, les appréhensions initiales et critiques subséquentes des milieux intellectuels et politiques québécois ne peuvent qu'être fondées sur une fausse prémisse, soit celle qu'un gain francophone hors Québec se traduirait en gain pour la communauté anglo-québécoise ou, encore, pour le simple fait anglais au Québec. Une telle corrélation n'est pas soutenue par les faits. Ce constat est d'ailleurs renforcé par la sensibilité, voire le préjugé favorable, de la Cour suprême à l'égard du français au pays, incluant dans la Belle Province. Une analyse rigoureuse et attentive de l'interprétation et de l'application sélective de divers concepts inhérents ou initialement étrangers à l'article 23, nommément ses aspects communautaristes, asymétriques, égalitaires et réparateurs, suffit pour s'en convaincre.

En conclusion, et afin de paraphraser Tchekhov¹¹³, force est de constater que l'effet destructeur de la Charte canadienne sur le fait français au Québec est, somme toute, un rendez-vous qui n'a jamais eu lieu.

¹¹¹ *Id.*

¹¹² *Id.*

¹¹³ Anton TCHEKHOV, « Le rendez-vous n'a pas eu lieu, mais... », dans *Premières nouvelles*, Paris, Éditions 10/18, 2004.