

---

## À propos du nombre pertinent

---

Gaétan Migneault\*

---

Le critère du «nombre pertinent» constitue un élément essentiel du droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Son interprétation doit également être conforme à l'objet de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* tel que formulé par la Cour suprême du Canada. Cependant, en limitant le nombre pertinent aux personnes qui se prévaudront en définitive du programme ou de l'établissement envisagé, la Cour suprême semble lui avoir introduit une restriction qui ne se retrouve pas dans le texte de la *Charte*. En plus d'introduire une notion collective à un droit autrement individuel, cette position ne semble pas la plus propice à la réalisation de l'objet de maintenir et de favoriser l'épanouissement des deux langues officielles au Canada et des cultures qui s'y associent.

Dans l'arrêt *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, la Cour suprême a semblé revenir vers un concept de communauté minoritaire, mais le mouvement est encore trop subtil pour établir avec certitude s'il influencera l'utilisation du concept de demande. Ce mouvement est en plus dilué par l'emphase que la Cour a placée sur le droit de gestion de la commission scolaire de la langue de la minorité.

The "numbers warrant" requirement forms an essential part of the minority language educational right. Its interpretation must also be in line with the purpose of section 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as formulated by the Supreme Court of Canada. However, in limiting the relevant number to that of persons who will eventually make use of the contemplated programme or facility, the Supreme Court seems to have introduced a restriction that is not in the text of the *Charter*. In addition to introducing a collective notion to an otherwise individual right, the interpretation adopted does not appear to be the one that better achieves the purpose of preserving and promoting the development of Canada's two official languages and their respective cultures.

In *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, the Supreme Court seems to return to a notion of minority community although this movement is too subtle to establish with certainty whether it will influence prevailing interpretations of "numbers warrant" in terms of demand. This movement is also diluted by the emphasis that the Court has placed on the minority language board's right of management.

---

\* L'auteur est membre du Barreau du Nouveau-Brunswick.

© Revue de droit de McGill 2003

McGill Law Journal 2003

Mode de référence : (2003) 49 R.D. McGill 651

To be cited as: (2003) 49 McGill L.J. 651

---

<b>Introduction</b>	653
<b>I. Considérations juridiques</b>	654
<b>II. Considérations pratiques</b>	664
<b>Conclusion</b>	669

---

## Introduction

L'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>1</sup> est complexe, sans aucun doute. Il constitue un code complet<sup>2</sup> qui est formé de plusieurs parties inter-reliées dont chacune doit recevoir une interprétation à la lumière de toutes les autres<sup>3</sup>. Un des éléments contribuant à la complexité de cet article est le critère du nombre suffisant, qui constitue l'une de ses parties. En plus de recevoir une interprétation compatible au reste de la disposition, il semblerait primordial que le critère numérique reçoive l'interprétation la plus susceptible de réaliser pleinement l'objet général de la garantie linguistique qui y est exprimée. Faire autrement risquerait de plonger la mesure dans une léthargie dangereuse pour le développement des langues officielles minoritaires du Canada. Or, cela ne semble pas être l'approche adoptée par les tribunaux.

La Cour suprême a identifié l'objet général de l'article 23 comme visant à «maintenir les deux langues officielles du Canada ainsi que les cultures qu'elles représentent et à favoriser l'épanouissement de chacune de ces langues, dans la mesure du possible, dans les provinces où elle n'est pas parlée par la majorité»<sup>4</sup>. En plus de renfermer «une notion d'égalité entre les groupes linguistiques»<sup>5</sup>, cet article cherche à remédier aux torts du passé<sup>6</sup>, non seulement en évitant qu'ils se reproduisent, mais en changeant également le *statu quo* lorsqu'il n'est pas adéquat<sup>7</sup>. C'est à cet objet que l'interprétation du critère du nombre suffisant doit donc se conformer.

Ce qui suit se veut une analyse de l'interprétation que la Cour suprême du Canada a donnée au critère numérique. Nous tenterons d'abord de définir les considérations qui ont mené à cette interprétation, pour ensuite confronter ce sens au texte et à l'objet de l'article 23. Dans une seconde section, cette étude explorera les considérations pratiques liées à la méthodologie adoptée par le plus haut tribunal du pays. En plus de soulever des difficultés d'application presque insurmontables, l'approche utilisée pourrait également devenir une source d'instabilité dans la prestation du droit à l'instruction dans la langue de la minorité.

---

<sup>1</sup> Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [*Charte*].

<sup>2</sup> Voir *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342 à la p. 369, 68 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 69 [*Mahe* avec renvois aux R.C.S.].

<sup>3</sup> *Ibid.* à la p. 362.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.* à la p. 369.

<sup>6</sup> Voir *Quebec Protestant School Boards Association c. Québec*, [1984] 2 R.C.S. 66 à la p. 79, 10 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 321 [*Quebec Protestant School Boards* avec renvois aux R.C.S.]; *Mahe, ibid.* à la p. 363.

<sup>7</sup> Voir *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62 au para. 27 [*Doucet-Boudreau* (C.S.C.)].

## I. Considérations juridiques

Le test du nombre suffisant a été inclus dans une partie de l'article 23 de la *Charte* qui définit les modalités d'application sur les fonds publics du droit à l'instruction dans la langue de la minorité<sup>8</sup>. Le paragraphe 23(3) stipule ainsi qu'en deçà d'un certain nombre critique d'enfants, l'État ne sera pas tenu de défrayer les coûts liés à l'instruction et aux établissements de la minorité linguistique (francophone ou anglophone) :

- (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 [nos italiques]<sup>9</sup>.

Une des premières questions qui découle de ce test est le nombre à considérer dans l'évaluation des obligations constitutionnelles applicables à un contexte particulier. Ce point a été tranché par la Cour suprême dans *Mahe c. Alberta*. Il a été décidé, en effet, que «le chiffre pertinent aux fins de l'article 23 est le nombre de personnes qui se prévaudront en définitive du programme ou de l'établissement envisagés»<sup>10</sup>. Cette position soulève cependant quelques difficultés, et le but du présent commentaire est d'en faire le point.

Dans ses motifs, la Cour suprême fait valoir peu d'arguments pour justifier sa conclusion. Elle mentionne rapidement les deux approches prônées par les parties, soit : 1) une évaluation basée uniquement sur un concept de demande ; et 2) une évaluation basée purement sur le nombre d'enfants d'ayants droit. Le banc unanime reconnaît, sans se référer au texte de l'article 23, que les «deux arguments ont du

---

<sup>8</sup> Voir *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839 à la p. 850, 100 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 723 [*Renvoi manitobain* avec renvois aux R.C.S.]. Voir également *Mahe*, *supra* note 2 aux pp. 365-66 ; Pierre Foucher, «Les droits scolaires des acadiens et la Charte» (1984) 33 R.D. U.N.-B. 97 à la p. 106 [Foucher, «Acadiens»] ; Denise Réaume et Leslie Green, «Education and Linguistic Security in the Charter» (1989) 34 R.D. McGill 777 à la p. 792.

<sup>9</sup> *Charte*, *supra* note 1, art. 23(3).

<sup>10</sup> *Mahe*, *supra* note 2 à la p. 384. Voir aussi *Renvoi manitobain*, *supra* note 8 à la p. 850. À noter ici l'utilisation par la Cour suprême du terme «pertinent» plutôt que «suffisant», ce dernier se retrouvant pourtant dans le libellé de l'article 23 de la *Charte*. Il existe effectivement une nuance entre ces deux termes, si mince soit-elle. Le «nombre pertinent» désigne essentiellement la formule utilisée par la Cour suprême du Canada, c'est-à-dire le nombre à être considéré par les tribunaux dans l'évaluation de ce qui est requis pour donner ouverture à la protection prévue à l'article 23 de la *Charte*, et est établi en vertu de la formule «nombre réel» et «nombre potentiel». Le «nombre suffisant» quant à lui désigne surtout l'exigence numérique de l'article 23 qui entraîne son application.

poids»<sup>11</sup> et propose ainsi un «moyen terme entre les deux»<sup>12</sup>, d'où la formule citée précédemment. Elle explique ensuite que la «justification par le nombre requiert, en général, la prise en considération de deux facteurs [...] : 1) les services appropriés, en termes pédagogiques, compte tenu du nombre d'élèves visés ; et 2) le coût des services envisagés»<sup>13</sup>. La Cour n'a pas élaboré davantage sur ce choix méthodologique dans ses arrêts subséquents, laissant par conséquent les minorités s'interroger sur la teneur de l'approche adoptée.

Les raisons ayant fondé cette décision de la Cour suprême pourraient cependant s'apparenter à celles que font valoir la Division d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard dans *Reference re Minority Language Educational Rights*<sup>14</sup> et la Division de première instance de la Nouvelle-Écosse dans la décision *Lavoie v. Nova Scotia (P.G.)*<sup>15</sup>. L'argument se résume à dire qu'il serait «injuste», «illogique» ou «irresponsable» d'imposer des obligations sur les gouvernements provinciaux plus onéreuses que ce que requiert la demande : «It would be unfair and irresponsible for the Court to require the Board to establish a separate facility for the French language instruction only to find that in the final analysis, no one or very few ends up going to it»<sup>16</sup>. La Division d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard approuve ce raisonnement :

First, the requirement that a request for instructions be made was argued to impose a condition not required by the *Charter*. It was alleged that school boards could determine from statistical data the number of parents who might desire French language education. It was also alleged that the remedial provisions of s. 23 cannot be tied to the evidence of demand. We do not believe that statistical data is an adequate means of determining who might desire minority language instructions.

[...]

The provisions in the *Charter* that minority language instruction shall be given in certain instances would be a worthless gesture if the people to whom it might apply have not been informed of their right to receive it. There is no inconsistency with the *Charter* if the *School Act* requires that a request be made for instruction in French provided adequate notice has first been given of the necessity for the request. *It would be illogical to provide minority language instructions without some evidence of demand. It would be illogical and imprudent to provide a teacher, a classroom, equipment or a school facility without knowing if there existed a demand for the services offered.* The cost of education is very high and it is never funded to the extent demanded by teachers or parents. *To waste money on an insufficient demand would do an injustice to the whole school system.*

---

<sup>11</sup> *Mahe, ibid.*

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> (1988), 69 Nfld. & P.E.I.R. 236, 49 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 499 (P.E.I.S.C. (A.D.)) [*Renvoi insulaire*].

<sup>15</sup> (1988), 84 N.S.R. (2<sup>e</sup>) 387, 47 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 586 (S.C. (T.D.)) [*Lavoie avec renvois aux N.S.R.*].

<sup>16</sup> *Ibid.* à la p. 390.

*The court rejects the proposition that mere demographic data, and nothing more, without regard to documented parental demand for minority language instruction, is, in itself, sufficient to warrant the implementation of such a program [nos italiques (soulignement dans l'original)]<sup>17</sup>.*

Le juge O'Sullivan, de la Cour d'appel du Manitoba, semble également d'accord puisque selon lui «il n'est pas du tout déraisonnable de demander aux parents d'exprimer leurs volontés s'ils désirent profiter de droits constitutionnels et que la province n'agit pas inconstitutionnellement si elle ne tient pas compte de ceux qui ne les font pas valoir»<sup>18</sup>. Finalement, le juge McQuaid, encore pour la Division d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard, écrivait ne pas croire que l'article 23 «is intended to place provinces in the position of having to construct schools or otherwise establish facilities that might be substantially underutilized»<sup>19</sup>. Les considérations financières semblent donc être à la base du raisonnement. En concluant ainsi, les tribunaux établissent un équilibre entre le droit des parents et les obligations des provinces, dans la mesure où il serait irréaliste de forcer ces dernières à allouer des fonds pour un service avant d'en connaître la demande. Certes, l'argument est loin d'être farfelu, mais il importe de l'analyser à la lumière du texte et de l'objet de l'article 23.

Comme il a déjà été mentionné, l'article 23 est unique et complet. Il est formé de plusieurs parties qui ont chacune un rôle spécifique à jouer dans la définition du droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Chaque élément doit donc être interprété en fonction de tous les autres, afin de donner à ce droit un sens qui évitera de le placer dans une léthargie qui anéantirait son objet réparateur. Tel que mentionné précédemment, le critère numérique forme l'une des nombreuses parties de ce droit et doit par conséquent aussi obtenir une interprétation conforme à l'objet de la disposition. L'essence de l'analyse de l'objet est d'identifier l'intention du constituant afin de choisir le sens des mots qui lui est le plus conforme lorsque des ambiguïtés persistent. Les tribunaux donneront habituellement un sens large et libéral plutôt que formaliste aux termes de la disposition<sup>20</sup>, bien que le point de repère de cette analyse demeure évidemment le texte de la disposition en jeu, et les juges ne seront pas libres d'y donner n'importe quel sens<sup>21</sup> :

---

<sup>17</sup> *Renvoi insulaire*, supra note 14 aux para. 68, 71-72.

<sup>18</sup> *Reference re Public School Act (Man.)* (1990), 64 Man. R. (2<sup>e</sup>) 1 au para. 172, 67 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 488 (C.A.) [*Renvoi manitobain* (C.A.)].

<sup>19</sup> *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island* (1998), 162 Nfld & P.E.I.R. 329 au para. 52, 160 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 89 (P.E.I.C.A.), inf. par [2000] 1 R.C.S. 3, 181 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 1, mais la Cour suprême ne formule aucune désapprobation de ce commentaire.

<sup>20</sup> Voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 à la p. 344, 18 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 321.

<sup>21</sup> Comme la majorité affirmait dans *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460 à la p. 487, 27 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 321 : «Aucune interprétation d'une disposition constitutionnelle, si large, libérale, fondée sur l'objet visé ou réparatrice soit-elle, ne peut avoir pour effet de donner à un texte un sens qu'on ne peut raisonnablement lui prêter et qui irait même jusqu'à lui donner un sens contraire à ce qu'il dit». Voir aussi les propos tenus dans le *Renvoi relatif à la Public Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 à la p. 394, 38 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 161 ; *B.(R.) c. Children's Aid Society*, [1995] 1 R.C.S.

Cela ne veut pas dire que dans le cas des gouvernements on ne doit pas scruter soigneusement le texte de la *Charte* afin de voir si un tel droit existe implicitement. On ne doit pas demander aux tribunaux de créer des droits mais uniquement de les interpréter et de les déclarer lorsque le libellé utilisé pour les exprimer est suffisamment clair pour justifier une telle déclaration. On ne doit pas permettre que ces droits s'affaiblissent, soient négligés ou deviennent futiles<sup>22</sup>.

Pour ce qui est du nombre pertinent, cela ne revient pas à dire qu'il faut attribuer à cette disposition une interprétation qui ne soit pas supportée par le texte, mais seulement qu'il importe, en cas d'ambiguïté, de retenir le sens permettant le mieux de réaliser son objet<sup>23</sup>. L'incertitude qui a pu régner quant à l'application de cette méthode aux droits linguistiques<sup>24</sup> a été levée en 1999<sup>25</sup>, et il est maintenant clair que c'est l'interprétation qui permettra le mieux de préserver et promouvoir les deux langues officielles du Canada et leur culture respective qui devra guider les tribunaux dans le choix du test numérique à appliquer.

Ceci dit, le texte de l'article 23 qui définit le nombre pertinent est rédigé au temps indicatif présent plutôt qu'à l'indicatif futur ou au conditionnel : les citoyens «ont le droit» du moment qu'ils satisfont à l'une des exigences des deux premiers paragraphes. En effet, la prestation de l'instruction sur les fonds publics est justifiée du moment que «le nombre des enfants des citoyens qui *ont* ce droit *est* suffisant» [nos italiques]. Le texte ne semble donc pas exiger que ces citoyens exercent leur droit ou qu'ils aient témoigné un tel désir avant de considérer leurs enfants dans le calcul du nombre suffisant : il ne fait pas référence à un nombre qui pourra être suffisant. Par conséquent, une analyse littérale du paragraphe 23(3) suggère fortement que le nombre pertinent est celui des enfants des citoyens canadiens qui *ont le droit* et non celui des citoyens qui s'en prévaudront en définitive<sup>26</sup>. Comme le mentionne le professeur Foucher, il est heureux de noter que le constituant, dans sa formulation, s'est explicitement écarté d'un concept de demande importante comme il apparaît au paragraphe 20(1) de la *Charte*<sup>27</sup>. Celui-ci ajoute, en ce qui concerne la définition de la minorité selon l'article 23, que la «*Charte* semble employer le terme dans un sens

315 à la p. 337, 122 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 1, juge en chef Lamer ; *Gosselin c. Québec (P.G.)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 221 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 257, 2002 CSC 84 au para. 214, juge Bastarache.

<sup>22</sup> *Renvoi manitobain* (C.A.), *supra* note 18 au para. 65.

<sup>23</sup> Voir *R. c. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 R.C.S. 865 à la p. 872, 97 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 238 ; *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 47 O.R. (2<sup>e</sup>) 1, 10 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 491 à la p. 525 (C.A.). Voir aussi Gaétan Migneault, «L'interprétation des droits linguistiques» (2003) 82 R. du B. can. 191.

<sup>24</sup> Voir *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549 à la p. 578, 27 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 406.

<sup>25</sup> Voir *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768 à la p. 791, 173 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 193 ; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3, 181 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 1, 2000 SCC 1 au para. 27 [*Arsenault-Cameron* (C.S.C.)]. Voir aussi Denise G. Réaume, «The Demise of the Political Compromise Doctrine : Have Official Language Use Rights Been Revived ?» (2002) 47 R.D. McGill 593.

<sup>26</sup> Voir notamment Réaume et Green, *supra* note 8 aux pp. 801-802.

<sup>27</sup> Foucher, «Acadiens», *supra* note 8 à la p. 117.

purement numérique»<sup>28</sup>. En d'autres mots, les alinéas 23(3)a) et b) n'exigeraient pas l'évaluation d'un certain élément subjectif, dont la volonté ou le désir de survivre, qui se traduirait en une quelconque demande du service. Ce n'est pas peu dire considérant que le projet de loi C-60, déposé par le gouvernement fédéral en 1978, prévoyait clairement que l'exercice du droit serait assujéti à «l'avis [du père ou de la mère] de son intention d'exercer son droit»<sup>29</sup>, formule qui a été abandonnée.

Lier l'exercice du droit scolaire à un concept de demande est une pratique qui semble contraire à son caractère réparateur. Le contexte historique suggère que l'article 23 a été adopté pour contrer le fait que depuis la Confédération, plusieurs provinces, sinon l'ensemble, ont adopté des mesures qui limitaient grandement, lorsqu'elles ne l'interdisaient pas totalement, l'instruction dans la langue de la minorité<sup>30</sup>, entraînant ainsi une période d'assimilation. Cette garantie cherche donc à donner un outil aux minorités pour tenter de remédier à la situation. En y incluant le critère du nombre suffisant, le constituant désirait déjà restreindre la portée de ce droit et les contraintes qu'il impose aux législatures<sup>31</sup>. Or, exiger qu'une demande soit démontrée en plus d'un nombre suffisant d'enfants a pour effet de soumettre l'évaluation du droit à une double restriction. La première est l'existence d'une communauté de langue minoritaire suffisamment large pour justifier le droit et la deuxième est l'imposition d'une volonté communautaire suffisamment forte pour entraîner une demande justifiant la dépense<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> *Ibid.* à la p. 103.

<sup>29</sup> Gouvernement du Canada, *Le projet de loi sur la réforme constitutionnelle : texte et notes explicatives*, Ottawa, 1978, para. 21(2).

<sup>30</sup> Voir *Quebec Protestant School Boards*, *supra* note 6 à la p. 79.

<sup>31</sup> Voir Réaume et Green, *supra* note 8 aux pp. 789-90. La question du nombre suffisant a fait l'objet d'un débat sérieux à l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick au moment d'adopter les paragraphes 16(2) à 20(2) de la *Charte*. Les membres de l'opposition ont demandé une disposition pour protéger le droit des néo-brunswickois de recevoir une instruction dans leur langue, indépendamment du nombre. L'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick décidait alors d'ajouter un paragraphe (4) à l'article 23, applicable à cette province uniquement. Voir Nouveau-Brunswick, Assemblée Législative, *Journal des débats*, n° 1-2 (31 mars et 1, 2, 8, 10, 14 avril 1981). Le fédéral a vraisemblablement utilisé son veto puisque cette proposition ne s'est pas retrouvée dans le texte final. Néanmoins, le Nouveau-Brunswick revenait à la charge en 1993 puisque l'un des objets du paragraphe 16.1(1) de la *Charte* vise certainement à contourner l'exigence numérique de l'article 23 en ce qui concerne les institutions d'enseignement.

<sup>32</sup> Voir Réaume et Green, *ibid.* aux pp. 796-803. Ces auteurs prennent la position que le critère numérique ne se fonde pas sur une considération financière liée à la production du bien public («public good») qu'est l'éducation. Avec égard, il semble que la position de la Cour suprême, lorsqu'elle affirme que l'exigence du nombre requiert l'évaluation de deux types de considérations, pédagogique et financière, est mieux fondée. La critique du propos de la Cour suprême en l'espèce ne relève pas de cette affirmation mais plutôt de celle d'appliquer ce raisonnement jusqu'à exiger la démonstration d'une demande suffisante (personnes qui utiliseront les structures) plutôt que limiter l'analyse au nombre d'enfants des citoyens qui ont le droit. Réaume et Green semblent pourtant accepter le fait que la contrainte financière est implicite au critère numérique. À la p. 789, ils affirment :



L'une des multiples sources de l'assimilation qu'ont subie les minorités linguistiques du Canada a été l'action des gouvernements provinciaux, et l'exigence de la démonstration d'une demande suffisante quant à l'enseignement dans la langue de la minorité pourrait précisément avoir des conséquences néfastes à long terme sur l'exercice de ce droit. Par exemple, les gouvernements pourront maintenir des structures qui continueront d'inciter subtilement les minorités à se diriger vers les établissements de la majorité, et ils seront peu enclins à promouvoir un réel usage de la langue de la minorité dans les institutions d'enseignement puisqu'une telle pratique entraîne inévitablement un dédoublement<sup>33</sup>. Dans un arrêt récent, la Cour suprême a d'ailleurs reconnu que le critère numérique de l'article 23 rend les droits garantis

particulièrement vulnérables à l'inaction ou aux attermolements des gouvernements. Le risque d'assimilation et, par conséquent, le risque que le nombre cesse de «justifier» la prestation des services augmentent avec les années scolaires qui s'écoulent sans que les gouvernements exécutent les obligations que leur impose l'art. 23. [...] Si les attermolements sont tolérés, l'omission des gouvernements d'appliquer avec diligence les droits garantis par l'art. 23 leur permettra éventuellement de se soustraire aux obligations que leur impose cet article<sup>34</sup>.

De plus, la majorité linguistique est consciente que chaque étudiant qui s'inscrit dans le système d'enseignement de la minorité soustrait de ses propres institutions un financement proportionnel. Par conséquent, placer la majorité en charge de l'instruction de la minorité soulève certainement une préoccupation légitime de conflit d'intérêt<sup>35</sup>, et lier le service à la demande ne fait que la renforcer.

---

Numbers are relevant to minority language instruction rights at two levels. First, the diffuse cultural benefits which find their source in education constitute a public good for the entire community and require the participation of many to sustain it. Second, the more immediate benefits of minority language education constitute a shared good for the children who participate.

Utiliser un concept d'économie publique (bien public) et exiger la participation de plusieurs pour le supporter semblent faire entrer les considérations financières dans le critère numérique. Sur ce sujet, voir Gaétan Migneault, «Vers une théorie générale de l'art. 23 : le critère du nombre suffisant» (1999) 2 R.C.L.F. 257 à la p. 267 («les exigences de service et de financement ne sont pas propres à l'article 23. Ce sont des facteurs que toute législature doit considérer peu importe qu'elle envisage des services à la minorité ou à la majorité») [Migneault, «Théorie générale»].

<sup>33</sup> Voir par ex. Pierre Patenaude, «Les droits linguistiques au Canada : de l'intolérance à l'utopie» (1992) 41 R.D. U.N.-B. 159 à la p. 160, lorsqu'il affirme, en discutant de l'article 23, que «force est de constater que l'expérience canadienne nous enseigne que, dans plusieurs provinces anglophones, on ne fait pas d'efforts excessifs pour rendre l'école française accessible aux minoritaires».

<sup>34</sup> Doucet-Boudreau (C.S.C.), *supra* note 7 au para. 29. Voir également Migneault, «Théorie générale», *supra* note 32 aux pp. 284-85.

<sup>35</sup> Voir par ex. *Goudreau v. Falher Consolidated School District No. 69* (1993), 141 A.R. 21, [1993] 4 W.W.R. 434 (C.A.), dont les événements relatés démontrent que le conseil scolaire anglophone semblait très réticent à s'assurer que la minorité reçoive une instruction adéquate. Il est possible d'en dire autant des faits relatés dans *Piette v. Sault Ste. Marie Board of Education*, [1989] O.J. n° 1959 (C.S. Ont.) (QL). Voir aussi Pierre Foucher, «Les droits scolaires des minorités linguistiques» dans

La pression pourrait être toute autre si les tribunaux forçaient les gouvernements à regarder uniquement le nombre d'enfants de parents qui *ont le droit* et de fixer le niveau du droit en conséquence. Ainsi, les autorités provinciales réaliseraient rapidement que les pratiques actuelles entraînent une sous-utilisation des structures de la minorité (puisque une bonne partie de leurs membres continuent d'utiliser celles de la majorité) à un frais pour le public d'autant supérieur. Il deviendrait donc clairement avantageux de réellement promouvoir l'enseignement dans la langue de la minorité afin d'inciter le plus grand nombre d'ayants droit à participer dans les programmes établis à leur bénéfice et ainsi éviter les gaspillages considérables qui découlent de la sous-utilisation de leurs établissements.

En outre, une évaluation qui ne se limite pas au nombre suffisant et qui a pour effet d'imposer une restriction additionnelle au droit à l'instruction dans la langue de la minorité en exigeant la démonstration d'une demande suffisante est contraire au texte de la garantie. Il importe de noter que cette question a été tranchée par la Cour suprême sans même étudier les termes de la disposition ni l'objet qui la caractérise. Ce faisant, la Cour démontrait une sympathie légitime envers les gouvernements qui sont responsables des deniers publics, et ceux-ci s'en tirent conséquemment à bon compte alors que les minorités se voient imposer un double fardeau, d'abord dans l'exigence numérique puis dans la démonstration d'une demande suffisante. Ce choix méthodologique néglige toutefois le contexte historique et le caractère réparateur de l'article 23, au détriment des minorités linguistiques provinciales.

Ceci dit, le professeur Foucher suggère que l'exigence d'une demande serait une limite justifiable en vertu de l'article 1 de la *Charte*. En discutant de la situation au Nouveau-Brunswick, en 1983, où un règlement scolaire exigeait la création d'un conseil scolaire suite à la demande de parents représentant trente enfants ou plus, il écrivait :

Si elle se justifie au plan administratif en garantissant que les efforts des pouvoirs publics pour satisfaire une demande porteront des fruits, cette mesure représente néanmoins une restriction assez sévère à l'exercice par les citoyens de leurs droits constitutionnels. La Charte ne précise pas quant à elle si le droit conféré aux paragraphes 23(1) et (2) s'exerce seulement pour les parents qui ont des enfants d'âge scolaire. Bien sûr, cette exigence pourrait, et sans doute à juste titre, être considérée comme une limite raisonnable dans le cadre de l'article 1 de la Charte ; mais si elle n'a peu de conséquence au Nouveau-Brunswick en 1983, où se manifeste encore une volonté de préserver le fait français, il n'en sera peut-être pas toujours ainsi, et ce n'est certes pas le cas dans d'autres provinces où la minorité francophone est plus faible. Lier l'exercice des droits scolaires à l'exigence d'une demande et d'une garantie que les demandeurs entendent ensuite renier leur libre choix de la langue d'enseignement de leurs enfants et les envoyer, pour la durée complète de leurs

études, à l'institution demandée, revient à cerner et restreindre l'exercice de droits constitutionnels à des conditions non prévues dans la Charte<sup>36</sup>.

En effet, en appliquant l'approche proposée ailleurs<sup>37</sup>, il est possible de constater que *la formule pour calculer* le nombre pertinent (moyen terme entre demandes réelle et potentielle) ne dépend pas du critère numérique, ni ne sert à établir le niveau du droit. Il s'agit d'un élément pouvant se comparer à la langue de l'enfant<sup>38</sup> ou à la quantité d'enseignement à dispenser dans la langue de la minorité<sup>39</sup> et qui pourrait être sujet à l'article 1 de la *Charte*. N'empêche que si une telle mesure doit être justifiée, il revient aux gouvernements d'en démontrer la pertinence en appliquant le test énoncé dans *R. c. Oakes*<sup>40</sup>. Il importe de maintenir les deux étapes «analytiquement distinctes, ne serait-ce qu'en raison de la différente attribution du fardeau de la preuve»<sup>41</sup> qui en découle. La Cour suprême ne s'est toutefois pas adonnée à une telle analyse lorsqu'elle a tranché la question dans *Mahe*. En effet, celle-ci a plutôt incorporé la limite à même la définition du droit.

Il y a également lieu de distinguer la question du nombre de la nécessité d'informer les gouvernements qu'un besoin en enseignement dans la langue de la minorité se fait sentir. Tout d'abord, le terme «demande» peut désigner plusieurs choses. Les tribunaux semblent habituellement l'utiliser dans son sens économique lorsqu'ils traitent du paragraphe 23(3), en ce sens que la demande doit justifier une dépense. Toutefois, la notion de demande peut aussi référer à une requête, une revendication, faire connaître un besoin, etc. Il serait irréaliste en effet d'exiger que les représentants de l'État étudient annuellement chacun des foyers dans les provinces afin de connaître à quelle communauté linguistique chacun s'identifie. Par conséquent, il semble inévitable que les acteurs gouvernementaux veuillent attendre qu'une requête soit faite (c'est-à-dire qu'ils soient informés d'un besoin) avant de se lancer dans une évaluation démographique complète et la construction d'écoles. Mais cela implique également que même si cette requête n'était faite que par un parent représentant un seul élève, les représentants du gouvernement auraient alors à s'enquérir auprès de la population et entreprendre les démarches subséquentes afin de déterminer le nombre d'enfants en jeu, établir si ce nombre justifie un droit selon l'article 23 et fixer la portée concrète de ce droit le cas échéant. Ce n'est pas dire qu'un seul élève serait suffisant pour justifier l'instruction dans la langue de la minorité, mais seulement que le gouvernement, ayant été conscientisé d'un besoin

---

<sup>36</sup> Foucher, «Acadiens», *supra* note 8 aux pp. 143-44.

<sup>37</sup> Voir Migneault, «Théorie générale», *supra* note 32 aux pp. 285-91.

<sup>38</sup> Voir Michel Bastarache, «Les droits scolaires des minorités linguistiques provinciales : l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*» dans Gerald-A. Beaudoin et Edward Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 757 à la p. 762. Voir aussi Migneault, «Théorie générale», *ibid.* aux pp. 288-89.

<sup>39</sup> Voir *Mahe*, *supra* note 2 à la p. 394. Voir aussi Migneault, «Théorie générale», *ibid.* à la p. 288.

<sup>40</sup> [1986] 1 R.C.S. 103, 26 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 200.

<sup>41</sup> *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 à la p. 178, 56 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 1.

potentiel, pourrait s'assurer que le droit de la communauté soit respecté<sup>42</sup>. Une demande (requête) dans ce contexte semblerait effectivement être une limite raisonnable, mais elle doit être distinguée du concept économique de demande, demande suffisante en l'occurrence (qui, comme nous avons argué, va à l'encontre du texte et de l'objet de l'article 23). Évidemment, si un gouvernement décidait de ne pas considérer la requête ainsi faite, il obligerait les parents à se pourvoir devant les tribunaux (même s'il s'agissait des parents d'un seul enfant). Les ayants droit seraient alors tenus de faire la preuve du nombre en comptant les enfants des citoyens canadiens qui ont le droit, mais ils n'auraient pas à démontrer une demande suffisante.

Par ailleurs, une décision récente a mis une emphase particulière sur le fait que la protection de l'article 23 est individuelle plutôt que collective<sup>43</sup>. Il ne serait donc pas nécessaire de constater un consensus auprès des parents avant de pouvoir procéder avec l'article 23. Pour arriver à une telle conclusion, le juge LeBlanc s'inspire des propos du juge en chef Lamer dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7) :

Il faut se rappeler que les droits prévus par l'art. 23 sont conférés individuellement aux parents appartenant à un groupe linguistique minoritaire. La jouissance de ces droits n'est pas liée à la volonté du groupe minoritaire auquel ils appartiennent, fût-elle celle de la majorité de ce groupe, mais seulement au «nombre d'enfants» suffisant<sup>44</sup>.

Le propos semble avoir été accepté par la Cour suprême dans sa plus récente décision en la matière<sup>45</sup>. Un tel argument est également transposable en l'espèce. Relier l'exercice du droit au «nombre de personnes qui se prévaudront en définitive de l'établissement et du programme envisagés» introduit un concept collectif dans un droit autrement individuel. En d'autres mots, on remet à une majorité des ayants droit l'autorité de décider ce qui adviendra de l'ensemble de la communauté. Par exemple,

---

<sup>42</sup> Les motifs du juge LeBlanc dans la décision *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Department of Education)* (2000), 185 N.S.R. (2<sup>e</sup>) 246 (S.C.) [*Doucet-Boudreau* (S.C.)], semblent suggérer qu'un gouvernement devrait prendre des mesures afin de s'assurer que les exigences du droit à l'instruction dans la langue de la minorité soient rencontrées lorsqu'il est conscient d'un besoin potentiel. Ou du moins, cela semble être un facteur que les tribunaux peuvent considérer en rendant leurs décisions. Au para. 216, le juge LeBlanc écrit :

During the last 18 years, the Department did not determine if the regions covered in the Application met the lower or upper end of the 'numbers warrant' test to determine if s. 23 parents should be offered their own homogeneous facilities. In fact, there is no evidence before me to indicate that the Department commissioned any studies for this period to determine the effect, positive or otherwise, of providing homogeneous programs and facilities to students of grades primary to 8 only.

Par conséquent, l'oisiveté des gouvernements semble être déconseillée lorsqu'ils sont conscients d'un besoin potentiel.

<sup>43</sup> Voir *Doucet-Boudreau* (S.C.), *ibid.* aux para. 29, 212-13.

<sup>44</sup> *Supra* note 8 à la p. 862.

<sup>45</sup> Voir *Doucet-Boudreau* (C.S.C.), *supra* note 7 aux para. 39, 65.

dans un contexte hypothétique, les parents de cinq enfants pourraient se voir refuser le droit à l'instruction dans leur langue sur les fonds publics car les parents des 450 autres ont décidé de ne pas s'en prévaloir<sup>46</sup>. Ceci ne semble pas être un résultat conforme à l'objet de l'article 23.

Comme il sera discuté plus bas, la méthodologie adoptée par la Cour suprême s'avère poser plus de difficultés qu'elle n'en a résolues. Elle est à ce point impraticable que dans *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Edouard*<sup>47</sup>, la Cour s'est limitée à définir le nombre pertinent comme se situant entre 49 et 155. Ce point a été critiqué comme suit :

N'aurait-il pas été plus approprié de tenter de le cerner davantage, ou du moins de traiter des facteurs pouvant influencer l'évolution du nombre d'inscriptions vers «le nombre de personnes qui se prévaudront en définitive du programme et des établissements envisagés» au lieu de s'arrêter sur un intervalle aussi considérable que 49 et 155 ? N'y a-t-il pas de bonnes raisons de croire que le niveau du droit pour 50 étudiants serait substantiellement différent de celui justifiable pour trois fois ce nombre<sup>48</sup> ?

Les juges ont sûrement compris qu'une telle analyse relève surtout de conjectures statistiques<sup>49</sup>, domaine dans lequel les tribunaux ont peu d'expertise. En fait, même pour les spécialistes, l'analyse statistique demeure un jeu de probabilités qui prédit plutôt maladroitement le futur. La Cour a candidement admis ce point dans *Mahe* : «Il sera normalement impossible de connaître le chiffre exact, mais on peut en avoir une idée approximative en considérant les paramètres dans lesquels il doit s'inscrire»<sup>50</sup>. Il est difficile d'imaginer comment cette incertitude jouera en faveur des minorités, surtout lorsqu'il est habituellement possible de connaître avec assez de précision quel est le nombre d'enfants des parents qui peuvent bénéficier de ce droit<sup>51</sup>.

La méthodologie adoptée par la Cour suprême en ce qui concerne le calcul du nombre pertinent est donc difficilement conciliable avec le texte et l'objet de l'article 23. Bien que la Cour semble avoir adopté une interprétation libérale pour l'ensemble de cette disposition, cela ne semble toutefois pas être le cas pour la question du nombre suffisant. Pourtant, le libellé est relativement clair et précis : on considère le

---

<sup>46</sup> C'est pratiquement ce qui est arrivé dans *Lavoie*, *supra* note 15, inf. en partie par (1989), 91 N.S.R. (2<sup>e</sup>) 184, 58 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 293 (S.C. (A.D.)), où les parents de 50 enfants ont failli perdre leur droit pour cause que les parents de la balance des 429 enfants ont décidé de ne pas s'en prévaloir.

<sup>47</sup> *Supra* note 25.

<sup>48</sup> Gaétan Migneault, «*Arsenault-Cameron* : une occasion manquée» (2000) 45 R.D. McGill 1023 à la p. 1032 [Migneault, «*Arsenault-Cameron*»].

<sup>49</sup> Voir Migneault, «Théorie générale», *supra* note 32 aux pp. 277-78.

<sup>50</sup> *Supra* note 2 à la p. 384. Voir aussi le *Renvoi manitobain*, *supra* note 8 à la p. 858

<sup>51</sup> Voir par ex. deux études d'Angéline Martel : Commissariat aux langues officielles, *Les droits scolaires des minorités de langue officielle au Canada : de l'instruction à la gestion*, Ottawa, Commissariat aux langues officielles, 1991 ; Commissariat aux langues officielles, *Droits, écoles et communautés en milieu minoritaire, 1986-2002 : analyse pour un aménagement du français par l'éducation*, Ottawa, Commissariat aux langues officielles, 2001.

nombre d'enfants des citoyens canadiens qui *ont* le droit, sans avoir à vérifier s'ils l'exercent effectivement. Ce n'est pas un point sur lequel les minorités peuvent se féliciter d'avoir obtenu la faveur des tribunaux<sup>52</sup>.

De toute évidence, une interprétation qui prendrait en compte uniquement le nombre d'enfants d'ayants droit n'aurait pas pour effet d'éliminer la condition numérique, et le tribunal devrait continuer à se demander si un nombre en particulier devrait justifier un certain niveau du droit. Certes, il n'est pas question ici d'éliminer ou de transférer le fardeau de preuve qui pèse actuellement sur les demandeurs ; une minorité contrainte à recourir aux tribunaux devra garder l'obligation de démontrer la violation de son droit avec tout ce que cela implique. Cependant, comme il a déjà été mentionné, une application fidèle du texte de loi éliminerait au moins l'obligation de démontrer l'existence d'une demande suffisante pour le service proposé. Adapter l'échelle variable en fonction de la juste interprétation n'est rien comparé à une approche que les tribunaux ont peine à appliquer et qui impose un fardeau additionnel aux requérants cherchant à se prévaloir de la protection. Même si la Cour suprême a tenté de diluer les conséquences de la position qu'elle a adoptée<sup>53</sup>, cela demeure une exigence que l'on impose aux demandeurs alors que le texte de l'article 23 ne le prévoyait pas.

## II. Considérations pratiques

Tel que mentionné en première partie, l'approche méthodologique que la Cour suprême a imposée soulève des difficultés de tailles. Jusqu'à présent, les tribunaux ont jonglé avec le concept et, dans la mesure du possible, ont plutôt tenté de l'éviter. En commençant par l'affaire *Mahe*, la preuve démontrait que 242 élèves étaient inscrits à l'école en question. Ce chiffre représentait le nombre réel. Les appelants avaient produit une preuve du nombre potentiel qu'ils estimaient s'élever à 3 750 étudiants<sup>54</sup>. La Cour semble avoir uniquement considéré le nombre réel (242) en affirmant qu'il justifiait une école avec un programme permanent d'instruction<sup>55</sup> et «un certain degré de gestion et de contrôle»<sup>56</sup>. Pour ce qui est du nombre potentiel, la Cour s'est limitée à affirmer que si «les chiffres réels devaient être supérieurs à la

---

<sup>52</sup> Bien que ne traitant pas spécifiquement du critère du nombre pertinent, au moins deux auteurs semblent d'accord que la Cour suprême aurait pu en faire davantage dans *Mahe* et le *Renvoi manitobain*. Voir Pierre Foucher, «*Mahe c. Sa Majesté la Reine de l'Alberta*» (1990) 69 R. du B. can. 570 ; Benoît Pelletier, «Le renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques du Manitoba» (1993) 25 R.D. Ottawa 81. Pour une critique générale de l'arrêt *Arsenault-Cameron*, voir Migneault, «*Arsenault-Cameron*», *supra* note 48.

<sup>53</sup> Dans *Arsenault-Cameron* (C.S.C.), *supra* note 25 au para. 34, la Cour écrit : «La province ne peut pas se soustraire à son obligation constitutionnelle en invoquant une preuve numérique insuffisante, surtout si elle n'est pas prête à faire ses propres études ni à recueillir et présenter d'autres éléments de preuve sur la demande connue et éventuelle».

<sup>54</sup> Voir *Mahe*, *supra* note 2 aux pp. 386-89.

<sup>55</sup> *Ibid.* à la p. 387.

<sup>56</sup> *Ibid.* à la p. 388.

demande prévue, il pourrait être nécessaire toutefois de réexaminer la question de savoir si le niveau approprié de gestion et de contrôle exige la création d'un conseil scolaire indépendant de la minorité linguistique»<sup>57</sup>. Cette question était cependant explicitement en litige<sup>58</sup> ; il lui suffisait simplement d'appliquer le test qu'elle-même avait formulé afin de la résoudre définitivement.

Si la Cour suprême avait mis l'accent sur le nombre d'enfants d'ayants droit à Edmonton, sa conclusion aurait pu être fort différente. Il semble en effet faire peu de doute que la communauté francophone d'Edmonton était relativement importante<sup>59</sup>. Déjà avec l'écart existant entre 3 750 étudiants potentiels et 242 étudiants réels, le message aurait dû être clair qu'il y avait un problème en matière d'instruction dans la langue de la minorité dans cette agglomération (à peine un peu plus de six pour cent des étudiants admissibles fréquentaient l'école française). Inutile de dire que la taille de la population cible justifiait un effort bien au-delà des 242 élèves inscrits. Il n'est cependant pas clair si la Cour a pris en compte ce facteur dans les motifs de son jugement. Autrement, la Cour aurait pu résoudre les questions posées plutôt que les laisser ouvertes, forçant ainsi la minorité à tout recommencer du début si le contexte devait changer.

Encore, dans le *Renvoi manitobain*, la Cour suprême a réussi à éviter l'épineuse question de savoir quel est le nombre de personnes qui se prévaudront en définitive du programme ou de l'établissement envisagé. Alors que les inscriptions s'élevaient à 5 617 étudiants (nombre réel), la preuve fixait le nombre potentiel aux alentours de 18 975<sup>60</sup>. L'écart entre le nombre réel et le nombre potentiel d'étudiants était encore une fois considérable. La Cour a utilisé le «dénominateur commun le plus bas»<sup>61</sup>, soit 5 617, ce qui a essentiellement eu pour effet d'entériner l'approche prônée par l'intimé dans *Mahe*, soit une considération strictement basée sur le nombre d'inscriptions.

L'arrêt *Arsenault-Cameron* (C.S.C.)<sup>62</sup> semble avoir dévié subtilement de la méthode appliquée dans *Mahe* et le *Renvoi manitobain*. D'abord, la Cour suprême a rappelé que le critère numérique doit considérer deux éléments, c'est-à-dire la «demande connue» et «le nombre total de personnes qui pourraient éventuellement se

---

<sup>57</sup> *Ibid.* à la p. 389.

<sup>58</sup> *Ibid.* à la p. 350 («les appelants soutiennent que l'art. 23 garantit à Edmonton le droit à la «gestion» et au «contrôle» d'une école de la minorité linguistique, c'est-à-dire le droit à une école francophone dirigée par un conseil scolaire francophone») et à la p. 355 («[a]u cœur du présent pourvoi est l'assertion des appelants que l'expression «établissements d'enseignement de la minorité linguistique» employée à l'al. 23(3)b) comprend l'administration par des conseils scolaires distincts»).

<sup>59</sup> En dépassant le simple nombre d'enfants, les données discutées dans cette cause indiquent qu'il y avait 2 948 ayants droit (*ibid.* à la p. 386), parents d'environ 4 127 enfants de moins de 20 ans (*ibid.* à la p. 387), soit une communauté d'environ 7 075 individus au total.

<sup>60</sup> Voir *supra* note 8 à la p. 858.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> *Supra* note 25.

prévaloir du service»<sup>63</sup>. Cependant, alors que la question se posait directement, la Cour s'est quand même gardée de cerner davantage le nombre pertinent et s'est contentée d'utiliser l'intervalle 49 à 155<sup>64</sup>. Un élément nouveau dans cette décision, toutefois, est la critique que la Cour adresse aux gouvernements qui ne produisent aucune preuve afin de contester celle avancée par la minorité :

Même si les demandeurs doivent établir leurs droits en vertu de l'art. 23, y compris la justification par le nombre, il n'est pas possible pour les titulaires d'un droit de minorité d'obtenir des renseignements plus précis et plus complets sur les prévisions d'inscriptions que ceux présentés en l'espèce, pas plus qu'il n'est raisonnable de leur en demander plus. La province a l'obligation de promouvoir activement des services éducatifs dans la langue de la minorité et d'aider à déterminer la demande éventuelle. Cette obligation est en fait incluse à l'al. 7(1)(b) de la *School Act* et a été reconnue par le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)* [...]. La province ne peut pas se soustraire à son obligation constitutionnelle en invoquant une preuve numérique insuffisante, surtout si elle n'est pas prête à faire ses propres études ni à recueillir et présenter d'autres éléments de preuve sur la demande connue et éventuelle<sup>65</sup>.

Des propos similaires ont été formulés par le juge LeBlanc dans l'arrêt *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Department of Education)*<sup>66</sup>. Celui-ci semble également d'avis que l'oisiveté des gouvernements est à déconseiller<sup>67</sup>. N'empêche que ce sera habituellement le rôle de la minorité de démontrer l'existence d'une demande suffisante. Cette position n'a donc pas éliminé le fardeau qui lui revient d'établir qu'elle est suffisamment dynamique et vibrante pour justifier l'exercice d'un droit financé par les fonds publics.

En introduisant le critère numérique à l'article 23, le constituant semblait, selon la formulation de la disposition, vouloir imposer comme critère premier celui de la taille de la communauté et non celui de la demande pour le service. Le professeur Magnet accepte cette alternative comme une interprétation plausible :

Another way to interpret section 23 is to argue that the numbers contemplated may transcend experienced demand. The relevant numbers may simply refer to the numbers of the minority considered as a percentage of regional population. Section 23(3) says nothing about determining sufficiency of numbers by parental requests. It says only that the right to minority-language educational facilities arises when the numbers of qualified children «so warrants». Thus, even if the number of qualified parents requesting French education is less than twelve, or even five students in each class, one might still

---

<sup>63</sup> *Ibid.* au para. 32.

<sup>64</sup> Cette position a déjà été critiquée dans Migneault, «*Arsenault-Cameron*», *supra* note 48 aux pp. 1030-32.

<sup>65</sup> Voir *Arsenault-Cameron* (C.S.C.), *supra* note 25 au para. 34.

<sup>66</sup> *Supra* note 42.

<sup>67</sup> Voir également *Doucet-Boudreau* (C.S.C.), *supra* note 7 aux para. 29, 38-39, qui semble entériner ces propos.



argue that a sufficient minority population base in a region should trigger the right to a minority school<sup>68</sup>.

Il serait effectivement incongru de se retrouver en présence d'une communauté de langue minoritaire numériquement importante et de ne pas reconnaître de ce fait même un droit à l'instruction dans la langue de la minorité. C'est un élément que semble avoir utilisé la Cour suprême dans *Arsenault-Cameron* (C.S.C.) :

Le ministre a accordé une certaine importance à l'environnement culturel que procure l'école Évangéline pour les élèves individuellement. Il a signalé aussi l'existence de plusieurs institutions culturelles de langue française à Summerside, mais cela pour étayer la proposition selon laquelle un établissement de langue française était inutile au développement culturel de la communauté minoritaire. À notre avis, cette interprétation est incompatible avec celle qui a été adoptée dans l'arrêt *Mahe*. En fait, l'existence d'institutions culturelles à Summerside fait ressortir l'incongruité de l'absence d'école à cet endroit et ne peut pas servir à étayer l'argument avancé par le ministre<sup>69</sup>.

Par conséquent, les juges semblent considérer l'existence d'institutions culturelles à Summerside comme une indication de la taille suffisante de la communauté pour y justifier une mesure du droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Ce propos laisse croire que la Cour a changé quelque peu l'emphase sur laquelle l'analyse doit porter et qu'elle revient vers ce que la Constitution avait prévu initialement, soit le nombre d'étudiants de parents qui ont un droit même s'ils ne l'exercent pas nécessairement. Contrairement au nombre réel de 242 dans *Mahe*, les 49 inscriptions à Summerside ne semblent pas avoir pris une place aussi prépondérante dans les motifs de la Cour. Cependant, ce mouvement très subtil vers la communauté se perd dans l'emphase que les juges Major et Bastarache ont placé sur le droit de gestion<sup>70</sup>. En procédant ainsi, la Cour a évité l'essentiel des questions que soulevait le pourvoi<sup>71</sup>.

Un tribunal, un gouvernement ou un conseil scolaire appelé à traiter de la question du nombre suffisant devrait d'abord mettre l'emphase sur l'existence d'une communauté minoritaire et son importance. Pour ce qui est du gouvernement ou d'un conseil scolaire, cette évaluation pourrait se faire de façon pro-active ou suite à une «requête» provenant de la communauté, un peu comme ces organismes font déjà dans le cadre de leur planification habituelle. L'évaluation des besoins se ferait en fonction du nombre d'enfants d'ayants droit. Il suffirait ensuite aux autorités de promouvoir suffisamment l'enseignement dans la langue de la minorité pour assurer une utilisation efficace des établissements. Inévitablement, une communauté amorphe et apathique aurait tendance à moins utiliser ses institutions, particulièrement si elles sont mal situées et inadéquates<sup>72</sup>, qu'une autre vibrante et dynamique, mais ceci

---

<sup>68</sup> Joseph Eliot Magnet, «Minority-Language Educational Rights» (1982) 4 Sup. Ct. L. Rev. 195 à la p. 207.

<sup>69</sup> *Supra* note 25 au para. 29.

<sup>70</sup> Voir Migneault, «Arsenault-Cameron», *supra* note 48.

<sup>71</sup> Voir *Arsenault-Cameron* (C.S.C.), *supra* note 25 au para. 6 ; Migneault, *ibid.* à la p. 1026.

<sup>72</sup> Voir *Lavoie*, *supra* note 15.

devrait avoir peu de pertinence quant à l'existence du droit. Le caractère réparateur de l'article 23 exige d'abord des gouvernements provinciaux qu'ils reconnaissent l'existence des communautés de langue minoritaire sur leur territoire, même si l'histoire a fait en sorte qu'elles sont maintenant réticentes à demander leurs propres services d'éducation.

Après avoir établi la taille de la communauté dans un cas en particulier, la question à traiter ensuite est le genre d'établissement à accorder. Une grosse communauté pourra justifier une école avec toutes les facilités habituellement disponibles, ou encore un réseau d'écoles primaires et secondaires selon les besoins, alors qu'une communauté plus modeste nécessitera des arrangements adaptés à sa mesure. Pour utiliser un exemple, les structures nécessaires pour une communauté dont le nombre d'élèves admissibles est de cinquante seraient forcément différentes d'une autre communauté où les enfants des ayants droit frisent les quatre mille. La nature de l'analyse à ce niveau n'est pas substantiellement différente de ce qui a déjà été formulé quant à l'échelle variable. En fait, les difficultés identifiées par la Cour suprême pour l'identification des besoins resteraient les mêmes. Comme elle a reconnu dans *Mahe* :

[L]'expression «nombre suffisant pour justifier» ne donne pas aux tribunaux une norme explicite dont ils peuvent se servir pour déterminer quels doivent être l'enseignement et les établissements appropriés (compte tenu des considérations [pédagogiques et financières] susmentionnées) dans chaque situation donnée. La norme devra être précisée, avec le temps, par l'examen des faits propres à chaque situation soumise aux tribunaux mais, en règle générale, l'analyse doit se fonder sur les fins de l'art. 23. En particulier, le caractère réparateur de l'art. 23 est important car il indique que l'article ne vise pas à garantir simplement le statu quo<sup>73</sup>.

Ce qui change, c'est le nombre considéré pour évaluer les besoins. Le fait de considérer la taille de la communauté au lieu de la demande suffisante n'a pas pour effet d'éliminer toute considération pédagogique et financière. Il suffit simplement d'ajuster «l'échelle variable» à la communauté plutôt qu'à la demande.

En adoptant le nombre d'enfants des parents qui ont le droit plutôt que le nombre de ceux qui utiliseront en définitive les services, cela aurait en plus l'avantage d'assurer une certaine consistance dans la prestation du droit. Comme il a été discuté ailleurs, la demande pour l'instruction dans la langue de la minorité a tendance à fluctuer<sup>74</sup>. L'approche proposée en l'espèce aurait pu éviter la situation dans *Arsenault-Cameron*, où un programme d'instruction avait été offert pendant quelques années à la communauté francophone de Summerside puis discontinué suite à la fermeture de la base militaire<sup>75</sup>. La composition communautaire est habituellement

---

<sup>73</sup> *Supra* note 2 à la p. 385.

<sup>74</sup> Voir Migneault, «Théorie générale», *supra* note 32 aux pp. 276-85.

<sup>75</sup> Voir *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island* (1997), 147 Nfld & P.E.I.R. 308 aux pp. 329, 338 (P.E.I.S.C.).

assez stable comparativement à la demande puisque celle-ci peut être influencée par plusieurs facteurs très subtils<sup>76</sup>. Il est vrai que les mouvements migratoires et les transferts linguistiques peuvent transformer le visage démographique d'une région, mais ceci s'observe plutôt à long terme.

En ce qui concerne la mise en oeuvre du droit, la Cour suprême a clairement affirmé que les gouvernements gardent la plus grande discrétion quant aux moyens institutionnels à mettre en place pour satisfaire à leurs obligations constitutionnelles<sup>77</sup> : «Lorsqu'il y a diverses façons de répondre aux exigences, les pouvoirs publics peuvent choisir le moyen de remplir leurs obligations»<sup>78</sup>. Par conséquent, à titre d'illustration, pour cent étudiants, la province pourrait considérer divers projets, en passant d'une école de dix classes de dix élèves à une école de quatre classes avec vingt-cinq élèves dans chacune. C'est donc aux autorités compétentes de planifier en fonction des contextes, mais le point de départ devrait demeurer l'existence d'une communauté minoritaire et son importance.

## Conclusion

En adoptant comme critère numérique le nombre de personnes qui se prévaudront en définitive du programme ou de l'établissement envisagé, la Cour suprême a formulé une approche qui n'est pas conforme au texte de l'article 23 et qui ne semble pas être celle qui permettra de mieux réaliser l'objet de la protection. Comme il a été discuté ailleurs, cette méthode pose des difficultés d'estimation considérables<sup>79</sup>, en ce qu'elle introduit un concept de demande suffisante pour un service dont l'offre n'a pas toujours été existante. De plus, comme l'affirme le professeur Magnet, la demande peut facilement être refoulée<sup>80</sup> et dépend d'ailleurs de facteurs complexes et subtils. Un

---

<sup>76</sup> Voir Commissariat aux langues officielles, *Motivations en ce qui a trait aux choix scolaires chez les parents ayant droit hors Québec*, Ottawa, Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux du Canada, 1999.

<sup>77</sup> Voir *Mahe*, *supra* note 2 à la p. 393 ; *Arsenault-Cameron (C.S.C.)*, *supra* note 25 au para. 52.

<sup>78</sup> *Mahe*, *ibid.* à la p. 376.

<sup>79</sup> Voir Migneault, «Théorie générale», *supra* note 32 aux pp. 277-78.

<sup>80</sup> Voir Magnet, *supra* note 68 à la p. 206 :

If the numbers test in section 23 were only to entrench the status quo, a request by fifteen to twenty-five qualified parents should trigger the right to French instruction. However, viewed as a remedial provision, section 23 must be deemed to change something. This suggests that the right to minority-language instruction arises with lesser numbers. On this view, it would appear that the right to minority-language instruction will accrue under section 23 if requests are received from twelve, ten, eight or even five qualified parents.

This view of section 23 links the numbers test to experienced demand. The problem is that demand is easily suppressed. If it is clear to the local population that the government resists providing minority-language education, many parents will not ask. Many more will not ask unless the service is advertised or otherwise known to be available. Courts should scrupulously avoid accepting evidence that demand is

critère axé sur un concept de demande peut finalement constituer une source d'instabilité dans la prestation du droit.

Les propos tenus dans *Arsenault-Cameron* (C.S.C.) semblent s'écarter subtilement de l'approche formulée dans les causes précédentes, mais il est encore trop tôt pour conclure s'ils auront un impact réel sur l'analyse du nombre pertinent. Par cet arrêt, la Cour suprême peut être perçue comme re-dirigeant l'emphase sur ce que la Constitution avait originalement prévu, c'est-à-dire l'existence d'une communauté de langue minoritaire viable. À ce titre, la Cour semble avoir donné une certaine importance à l'existence des institutions de la minorité à Summerside. Il faudra attendre pour constater si les tribunaux continueront sur cette lancée ou s'ils reviendront au concept de demande suffisante, lequel n'a pas encore été désavoué par la Cour suprême. Le juge LeBlanc, dans *Doucet-Boudreau* (S.C.), semble revenir vers le nombre d'inscriptions<sup>81</sup>. Cependant, celles-ci étaient suffisamment élevées pour éviter toute hésitation, sauf peut-être pour le cas de l'école R.C. Gordon<sup>82</sup>, et malheureusement la question n'a pas été traitée en Cour suprême<sup>83</sup>. Par conséquent, les premières indications ne révèlent pas de changements majeurs dans la méthode d'analyse du nombre suffisant et la critique formulée ci-dessus garde encore toute sa pertinence.

---

insufficient unless minority-language education is actively offered. Until that happens, experienced demand cannot be considered as a true reflection of demand for constitutional purposes.

<sup>81</sup> *Supra* note 42 aux para. 200-201.

<sup>82</sup> *Ibid.* au para. 200. Cette école n'est pas mentionnée au para. 201.

<sup>83</sup> Voir *Doucet-Boudreau* (C.S.C.), *supra* note 7.