



COUR SUPRÊME DU CANADA

RÉFÉRENCE : Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport),
2009 CSC 47

DATE : 20091022
DOSSIER : 32229, 32319

ENTRE :

Ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport et procureur général du Québec
Appelants / Intimés à l'appel incident

et

**Hong Ha Nguyen, Audrey Smith, Parthasarothi Dey, Kazal Das, Dipinkar Dhar, Abu
Taher, Sashitharan Nadarajah, Rajendra Carpanen, Ginette Bégin, Mohan Shikder,
Thi Thu Hang Nguyen, Iqbal Khan, Yuk-Kwong Tiu, Shafik Ayad, Mumtaz Hussain
Khan, Kim Sreang Lech, Keav Jennifer Taing, Parminder Kaur Miranpuri,
Fucheng Ye, Lian Ye, Annie Laurin, Talwinder Bindra, Virender Singh Jamwal,
Gilberte Dorméus, Rafed Mustafa et Danny Lok**

Intimés / Appelants à l'appel incident

- et -

**Procureur général du Canada, Tribunal administratif du Québec, Association des écoles
privées du Québec, Commission scolaire francophone, Territoires du Nord-Ouest,
Association des commissions scolaires anglophones du Québec,
Association provinciale des enseignantes et des enseignants du Québec,
Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques et
Commissaire aux langues officielles du Canada**

Intervenants

ET ENTRE :

Ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport et procureur général du Québec
Appelants / Intimés à l'appel incident

et

Talwinder Bindra

Intimé / Appelant à l'appel incident

- et -

**Procureur général du Canada, Tribunal administratif du Québec, Association
des commissions scolaires anglophones du Québec, Commissaire aux langues
officielles du Canada et Association des écoles privées du Québec**

Intervenants

CORAM : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron et Rothstein

MOTIFS DE JUGEMENT :
(par. 1 à 51)

Le juge LeBel (avec l'accord de la juge en chef McLachlin et
des juges Binnie, Fish, Abella, Charron et Rothstein)

NOTE : Ce document fera l'objet de retouches de forme avant la parution de sa version définitive dans
le *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*.

NGUYEN C. QUÉBEC

**Ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport et
procureur général du Québec**

Appelants/Intimés à l'appel incident

c.

**Hong Ha Nguyen, Audrey Smith, Parthasarothi Dey,
Kazal Das, Dipinkar Dhar, Abu Taher,
Sashitharan Nadarajah, Rajendra Carpanen, Ginette Bégin,
Mohan Shikder, Thi Thu Hang Nguyen, Iqbal Khan,
Yuk-Kwong Tiu, Shafik Ayad, Mumtaz Hussain Khan,
Kim Sreang Lech, Keav Jennifer Taing,
Parminder Kaur Miranpuri, Fucheng Ye, Lian Ye,
Annie Laurin, Talwinder Bindra, Virender Singh Jamwal,
Gilberte Dorméus, Rafed Mustafa et
Danny Lok**

Intimés/Appelants à l'appel incident

et

**Procureur général du Canada, Tribunal administratif du Québec,
Association des écoles privées du Québec, Commission scolaire
francophone, Territoires du Nord-Ouest, Association des
commissions scolaires anglophones du Québec,
Association provinciale des enseignantes et des enseignants du Québec,
Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques et
Commissaire aux langues officielles du Canada**

Intervenants

- et -

Ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport et

procureur général du Québec

Appelants/Intimés à l'appel incident

c.

Talwinder Bindra

Intimé/Appelant à l'appel incident

et

**Procureur général du Canada, Tribunal administratif du Québec,
Association des commissions scolaires anglophones du Québec,
Commissaire aux langues officielles du Canada et
Association des écoles privées du Québec**

Intervenants

Répertorié : Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)

Référence neutre : 2009 CSC 47.

N^{os} du greffe : 32229, 32319.

2008 : 15 décembre; 2009 : 22 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’instruction dans la langue de la minorité — Périodes de fréquentation scolaire passées dans des écoles privées anglophones non subventionnées et enseignement en anglais reçu en vertu d’autorisations particulières non pris en compte pour établir l’admissibilité d’un enfant à l’enseignement dans le réseau scolaire anglophone financé par les fonds publics — Les alinéas 2 et 3 de l’art. 73 de la Charte de la langue française limitent-ils les droits garantis par l’art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l’affirmative, ces limites sont-elles justifiées en vertu de l’article premier de la Charte canadienne?

Droit scolaire — Langue d’enseignement — Enseignement en anglais au Québec — Périodes de fréquentation scolaire passées dans des écoles privées anglophones non subventionnées et enseignement en anglais reçu en vertu d’autorisations particulières non pris en compte pour établir l’admissibilité d’un enfant à l’enseignement dans le réseau scolaire anglophone financé par les fonds publics — Les alinéas 2 et 3 de l’art. 73 de la Charte de la langue française limitent-ils les droits garantis par l’art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l’affirmative, ces limites sont-elles justifiées en vertu de l’article premier de la Charte canadienne?

Le paragraphe 23(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* permet aux citoyens canadiens dont l’un des enfants reçoit ou a reçu son instruction dans la langue de la minorité linguistique de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction. La *Charte de la langue française* (« CLF ») établit qu’en principe, le français est la langue officielle et commune de l’enseignement primaire et secondaire au Québec, mais le premier alinéa de l’art. 73 permet aux enfants qui ont reçu ou reçoivent la majeure partie de leur enseignement primaire ou secondaire en anglais au Canada d’avoir accès à l’enseignement public ou subventionné

en anglais au Québec. En 2002, les alinéas 2 et 3 ont été ajoutés à l'art. 73 CLF afin de répondre à des inquiétudes face à la montée du phénomène dit des « écoles passerelles », où des parents dont les enfants n'avaient pas droit à l'enseignement dans la langue de la minorité au Québec inscrivaient ceux-ci dans une école privée non subventionnée (« EPNS ») pendant une courte période de temps, afin de les rendre admissibles aux écoles anglaises financées sur les fonds publics. L'alinéa 2 de l'art. 73 prévoit que les périodes de fréquentation scolaire passées dans des EPNS ne sont pas prises en compte pour établir l'admissibilité d'un enfant à l'enseignement dans le réseau scolaire anglophone financé par les fonds publics. L'alinéa 3 établit la même règle pour l'enseignement reçu en vertu d'une autorisation particulière accordée par la province en vertu des art. 81, 85 ou 85.1 CLF, dans les cas de difficultés graves d'apprentissage, de séjours temporaires au Québec ou de situations graves d'ordre familial ou humanitaire.

Dans l'affaire N, des parents ont inscrit leurs enfants dans des EPNS qui offrent l'enseignement en anglais pour une courte période, puis demandé que leurs enfants soient déclarés admissibles à l'enseignement public ou subventionné en anglais. Le ministère de l'Éducation du Québec a rejeté toutes les demandes en invoquant l'al. 2 de l'art. 73 CLF. Dans le dossier B, la fille de B a été déclarée admissible à l'enseignement dans le réseau scolaire public de la minorité en vertu d'une autorisation spéciale. B a alors invoqué le par. 23(2) de la *Charte canadienne* pour faire reconnaître l'admissibilité de son fils S à l'enseignement public ou subventionné dans la langue de la minorité sur la base de l'instruction que sa sœur recevait, mais en vain vu l'al. 3 de l'art. 73 CLF. Le Tribunal administratif du Québec et la Cour supérieure ont rejeté les recours des parents visant à faire déclarer inconstitutionnelles les modifications apportées à la CLF en 2002. La Cour d'appel a infirmé les décisions et jugé que les al. 2 et 3 de l'art. 73 CLF portent atteinte aux droits garantis par l'art. 23

de la *Charte canadienne* et que les atteintes ne sont pas justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Arrêt : Les pourvois principaux et les pourvois incidents sont rejetés. Les alinéas 2 et 3 de l'art. 73 CLF sont inconstitutionnels.

Les alinéas 2 et 3 de l'art. 73 CLF contreviennent au par. 23(2) de la *Charte canadienne*. Alors que 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 dans une langue est dispensé, les al. 2 et 3 de l'art. 73 CLF interdisent toute reconnaissance des parcours scolaires qui se sont déroulés dans une EPNS ou en application d'une autorisation particulière accordée en vertu des art. 81, 85 ou 85.1 CLF. Ces périodes d'études sont, pour ainsi dire, effacées du parcours scolaire de l'enfant, comme si elles n'avaient jamais eu lieu. Or, depuis l'arrêt *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 R.C.S. 201, il est établi que le critère de la « majeure partie » de l'enseignement, prévu par l'art. 73 CLF, doit être interprété comme la source d'une obligation de procéder à une évaluation qualitative globale du parcours scolaire d'un enfant. Cette évaluation repose sur des facteurs qui incluent le temps passé dans divers programmes d'études, l'étape des études à laquelle le choix de la langue d'instruction a été fait, les programmes offerts et l'existence de problèmes d'apprentissage ou d'autres difficultés. 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. [21] [28-33]

Les objectifs visés par les mesures adoptées par le législateur québécois sont suffisamment importants et légitimes pour justifier l'atteinte aux droits garantis, mais les moyens choisis ne sont pas proportionnels aux objectifs recherchés. Les mesures visent à protéger la langue française au Québec et à favoriser son épanouissement. Bien qu'il existe un lien rationnel de causalité entre les objectifs et les modifications apportées à la CLF en 2002, les moyens retenus par le législateur ne représentent pas une atteinte minimale aux droits constitutionnels garantis par le par. 23(2) de la *Charte canadienne*. [37-41]

Le refus de prendre en compte le parcours d'un enfant dans une EPNS, imposé par l'al. 2 de l'art. 73 CLF, est total et sans nuance, et paraît excessif par rapport à la gravité du problème de l'accès quasi automatique aux écoles de la minorité linguistique par l'intermédiaire d'écoles passerelles. Toutefois, 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 réaliser ce transfert, on ne saurait affirmer que l'on se retrouve devant un parcours scolaire authentique. Encore faut-il examiner la situation de chaque institution, ainsi que la nature et le comportement de sa clientèle. Un court passage dans une école de la minorité ne témoigne pas d'un engagement réel et ne peut suffire, à lui seul, à obtenir le statut d'ayant droit visé à la *Charte canadienne*. Cette approche permet d'éviter un retour au principe du libre choix de la langue de l'enseignement au Québec, est moins attentatoire aux droits garantis et davantage conciliable avec l'approche concrète et contextuelle que recommande l'arrêt *Solski*. [29] [36] [38] [42]

Quant à l'al. 3 de l'art. 73 CLF, il ne respecte pas le principe de la préservation de l'unité

des groupes familiaux que reconnaît le par. 23(2) de la *Charte canadienne*, puisqu'il empêche totalement le regroupement des enfants d'une famille dans un même système scolaire. Le mécanisme des autorisations spéciales relève du gouvernement du Québec. Celui-ci peut accorder des autorisations qui excèdent le cadre de ses obligations constitutionnelles, mais il ne peut, ce faisant, nier les droits qui découlent de ces autorisations et qui sont garantis par la *Charte canadienne*. [45]

La déclaration d'invalidité des al. 2 et 3 de l'art. 73 CLF prononcée par la Cour d'appel est confirmée, mais ses effets sont suspendus pour une période d'un an. Toutefois, les dossiers des demandeurs visés par le pourvoi N sont renvoyés au ministère de l'Éducation et, s'il y a lieu, au Tribunal administratif du Québec, pour qu'ils soient étudiés à la lumière des critères établis dans l'arrêt *Solski* et dans le présent arrêt. Quant à S, son dossier est renvoyé à la personne désignée par le ministre de l'Éducation pour qu'elle lui délivre immédiatement un certificat d'admissibilité à l'enseignement en anglais. [46-47] [51]

La demande des intimés pour des honoraires spéciaux de 100 000 \$ en vertu de l'art. 15 du *Tarif des honoraires judiciaires des avocats* est refusée. Le dossier comporte peu d'explications sur le montant de l'honoraire demandé, non plus que sur les justifications particulières de celui-ci. [48-49]

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 R.C.S. 201, inf. [2002] R.J.Q. 1285; **arrêts mentionnés :** *Procureur général du Québec c. Québec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, [2000] 1 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839; *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 15, [2005] 1 R.C.S. 238; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Banque canadienne impériale de commerce c. Aztec Iron Corp.*, [1978] R.P. 385; *JTI MacDonald Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 QCCA 110, [2009] R.J.Q. 261.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 23.

Charte de la langue française, L.R.Q., ch. C-11, art. 72, 73, 81, 85, 85.1.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 59.

Loi modifiant la Charte de la langue française, L.Q. 2002, ch. 28, art. 3.

Loi pour promouvoir la langue française au Québec, L.Q. 1969, ch. 9.

Loi sur la langue officielle, L.Q. 1974, ch. 6.

Tarif des honoraires judiciaires des avocats, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 13, art. 15.

Doctrine citée

Bastarache, Michel. « Introduction », dans Michel Bastarache, dir., *Les droits linguistiques au Canada*, 2^e éd. Traduit de l'anglais par Hugues Sirgent. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2004, 1.

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.

Power, Mark, and Pierre Foucher. « Language Rights and Education », dans Gérald-A. Beaudoin et Errol Mendes, éd., *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 4^e éd. Markham, Ont.: LexisNexis, Butterworths, 2005, 1095.

Québec. Office québécois de la langue française. *Rapport sur l'évolution de la situation linguistique au Québec, 2002-2007*. Montréal : Office québécois de la langue française, 2008.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Dalphond, Hilton et Giroux), 2007 QCCA 1111, [2007] R.J.Q. 2097, SOQUIJ AZ-50447557, [2007] J.Q. n^o 9410 (QL), 2007 CarswellQue 7680, qui a infirmé une décision du juge Mass, [2004] Q.J. No. 9812 (QL), SOQUIJ AZ-50264496, 2004 CarswellQue 7186. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Dalphond, Hilton et Giroux), 2007 QCCA 1112, [2007] R.J.Q. 2150, SOQUIJ AZ-50447558, [2007] J.Q. n^o 9482 (QL), 2007 CarswellQue 7679, qui a infirmé une décision de la juge Monast, [2005] R.J.Q. 1039, SOQUIJ AZ-50288298, [2004] J.Q. n^o 13857 (QL), 2004 CarswellQue 10173. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Benoît Belleau, Francis Demers, Dominique A. Jobin et Françoise Saint-Martin, pour les appelants/intimés aux pourvois incidents.

Brent D. Tyler et Marie-France Major, pour les intimés/appelants aux pourvois incidents.

Claude Joyal et Bernard Letarte, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Personne n'a comparu pour l'intervenant le Tribunal administratif du Québec.

Ronald F. Caza et Mark C. Power, pour l'intervenante l'Association des écoles privées du Québec.

Roger J. F. Lepage, pour l'intervenante la Commission scolaire francophone, Territoires du Nord-Ouest.

Michael N. Bergman, pour l'intervenante l'Association des commissions scolaires anglophones du Québec.

Guy Dufort, Thomas Brady et Sacha Liben, pour l'intervenante l'Association provinciale des enseignantes et des enseignants du Québec.

Claire Vachon, Mark C. Power et Christian F. Paquette, pour l'intervenante l'Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques.

Pascale Giguère et Kevin Shaar, pour l'intervenant le commissaire aux langues officielles du Canada.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] Les présents pourvois portent devant notre Cour le problème de la validité constitutionnelle de modifications récentes à la *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11 (« *CLF* »), à propos de l'admissibilité de catégories particulières d'élèves dans les écoles publiques et dans les institutions privées subventionnées anglophones au Québec. Ces modifications visaient uniquement les personnes qui ont fréquenté des écoles privées non subventionnées et les membres de familles où un enfant a reçu de l'enseignement dans les écoles de la minorité linguistique en vertu d'une autorisation spéciale. Les dispositions en litige, les al. 2 et 3 de l'art. 73, ont été ajoutées à la *CLF* en 2002 par la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 2002, ch. 28, art. 3 (la « Loi 104 »).

[2] La première de ces modifications édicte que les périodes de fréquentation scolaire passées dans des écoles privées anglophones non subventionnées ne sont pas prises en compte pour établir l'admissibilité d'un enfant à l'enseignement dans le réseau scolaire anglophone financé par les fonds

publics. La seconde modification établit la même règle pour l'enseignement reçu en vertu d'une autorisation particulière accordée par la province en vertu des art. 81, 85 ou 85.1 *CLF*, dans les cas de difficultés graves d'apprentissage, de séjours temporaires au Québec ou de situations graves d'ordre familial ou humanitaire. Pour les motifs qui suivent, je conclus que les modifications en litige limitent les droits garantis par l'art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, que ces limites n'ont pas été justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte* et que les al. 2 et 3 ajoutés à l'art. 73 *CLF* par la Loi 104 sont en conséquence inconstitutionnels. Je rejeterais donc les pourvois principaux. Je rejeterais également les appels incidents des intimés, qui portent sur des questions accessoires.

II. Origine des litiges

A. *Évolution du problème de l'admissibilité dans les écoles publiques et privées anglophones*

[3] Les deux appels portent sur les rapports entre la *CLF* et la *Charte canadienne*. Les dispositions pertinentes des deux lois sont reproduites en annexe. Il importe de revenir brièvement sur l'origine et le rôle de la *CLF*, particulièrement à propos des questions relatives au choix de la langue d'enseignement au Québec. La *CLF* constitue une loi d'une 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 *CLF* détermine ainsi le cadre général de l'accès à l'enseignement public en langue anglaise au Québec. En principe, selon l'art. 72 *CLF*, le français est reconnu comme langue officielle et commune de l'enseignement primaire et secondaire au Québec. La

CLF traite les dispositions permettant l'enseignement en langue anglaise comme une 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 (par. 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 (par. 2). L'article 73 fait également mention de quelques autres situations, plus rares, donnant accès à l'enseignement en langue anglaise :

73. Peuvent recevoir l'enseignement en anglais, à la demande de l'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 reçu au Canada;

2° les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et qui ont 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;

4° les enfants qui, lors de leur dernière année de scolarité au Québec avant le 26 août 1977, recevaient l'enseignement en anglais dans une classe maternelle publique ou à l'école primaire ou secondaire, de même que leurs frères et sœurs;

5° les enfants dont le père ou la mère résidait au Québec le 26 août 1977, et avait reçu un enseignement primaire en anglais hors du Québec, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu hors du Québec.

Il 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.

Il n'est pas tenu compte non plus de l'enseignement en anglais reçu en application d'une autorisation particulière accordée en vertu des articles 81, 85 ou 85.1.

[4] Les dispositions actuelles de la *CLF* sur la langue d'enseignement résultent d'une longue série de débats politiques et de contestations judiciaires. En 1969, la législature québécoise adopte la *Loi pour promouvoir la langue française au Québec*, L.Q. 1969, ch. 9, dans le but d'affirmer la primauté du français comme langue d'enseignement, tout en laissant aux parents le libre choix de la langue d'enseignement de leurs enfants. En 1974, le Québec révisé sa politique du libre choix et restreint l'accès à l'enseignement en anglais aux enfants capables de démontrer une connaissance suffisante de cette langue, grâce à des tests linguistiques administrés par la province (*Loi sur la langue officielle*, L.Q. 1974, ch. 6). Les difficultés liées à l'administration de ces examens poussent toutefois le législateur à repenser encore une fois sa politique en matière de langue d'enseignement et il adopte, en 1977, la *CLF*. La législature réaffirme à cette occasion le principe général selon lequel l'enseignement au Québec se donne en français, en plus de créer quatre situations qui, par dérogation à la règle générale, permettent aux parents d'envoyer leurs enfants à l'école anglaise (art. 73). À la suite de l'adoption de la *Charte canadienne* en 1982, les dispositions de la *CLF* portant sur l'enseignement dans la langue de la minorité font cependant l'objet d'une importante contestation constitutionnelle (*Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66). Notre Cour décide alors que la *Charte de la langue française* viole l'art. 23 de la *Charte canadienne*, parce qu'elle définit trop étroitement les catégories de titulaires du droit à l'enseignement dans la langue de la minorité. En particulier, l'art. 73 de l'époque reconnaît l'enseignement reçu en anglais au Québec, mais non celui reçu ailleurs au Canada. Les catégories créées par l'art. 73 *CLF* se trouvent donc trop limitatives par rapport à celles prévues et protégées par

l'art. 23 de la *Charte canadienne*, et notre Cour déclare les dispositions en cause inconstitutionnelles.

[5] En 1993, le législateur québécois modifie les art. 72 et 73 *CLF* pour se conformer à l'arrêt de notre Cour. Ces modifications reconnaissent désormais l'enseignement reçu en anglais ailleurs au Canada, conformément à l'art. 23 de la *Charte canadienne*. Ils introduisent toutefois une condition à cette reconnaissance, soit que l'enseignement reçu dans la langue minoritaire représente la majeure partie de l'enseignement reçu au Canada. Un régime de cas spéciaux permet aux autorités de la province d'accorder des autorisations particulières pour des situations spécifiques (art. 81, 85 et 85.1 *CLF*).

[6] La *CLF* ne s'est pas souciée alors du cas des écoles privées non subventionnées (ci-après « EPNS »). Toutefois, ces dernières ont occupé une place de plus en plus importante dans le milieu éducatif québécois. Ces institutions ne sont pas assujetties à la réglementation de la province sur la langue d'enseignement (art. 72, al. 2 *CLF*). Tout enfant peut donc s'y inscrire et y recevoir de l'enseignement en langue anglaise, au cours de ses études primaires et secondaires. Jusqu'aux modifications apportées à la *CLF* en 2002 par la Loi 104, la pratique administrative du ministère de l'Éducation du Québec reconnaissait les périodes d'instruction reçues dans les EPNS aux fins de détermination de l'admissibilité d'un enfant aux écoles publiques et aux écoles privées subventionnées anglophones.

[7] Les modifications apportées à la *CLF* en 2002 répondaient aux inquiétudes du gouvernement du Québec et à celles d'une partie de l'opinion publique québécoise face à la montée du phénomène dit des « écoles passerelles ». Selon le gouvernement du Québec, de plus en plus de

parents dont les enfants n’avaient pas droit à l’enseignement dans la langue de la minorité inscrivaient ceux-ci dans une EPNS pendant une courte période de temps, afin de les rendre admissibles — selon la lettre de l’art. 73 *CLF* et la pratique administrative du ministère de l’Éducation — aux écoles anglaises financées sur les fonds publics. D’après le gouvernement du Québec, cette méthode contournait toutes les règles relatives à la langue d’enseignement et conduisait à un élargissement des catégories de titulaires de droit prévues par l’art. 23 de la *Charte canadienne*. C’est donc en réaction à l’importance appréhendée du phénomène que l’Assemblée nationale du Québec adopte la Loi 104 en 2002.

[8] Les intimés plaident que ces modifications contreviennent aux droits garantis par l’art. 23 de la *Charte canadienne*, et ils demandent en conséquence à notre Cour de déclarer inconstitutionnels les al. 2 et 3 de l’art. 73 *CLF*. L’affaire Nguyen porte particulièrement sur la question des EPNS, alors que l’affaire Bindra traite du problème des autorisations spéciales accordées par la province.

B. *La situation des intimés dans les affaires Nguyen et Bindra*

[9] Dans l’affaire Nguyen, les intimés sont des citoyens canadiens qui n’ont reçu aucun enseignement primaire en langue anglaise au Canada. En conséquence, ils ne satisfont pas aux critères prévus par l’al. 23(1)*b* de la *Charte canadienne* pour que leurs enfants puissent être admis dans les écoles anglophones du Québec financées par les fonds publics. Pour parvenir à cette fin, ils ont inscrit leurs enfants dans des EPNS qui offrent l’enseignement en anglais. Sur la base de l’enseignement reçu dans ces institutions, ils ont ensuite demandé que leurs enfants soient déclarés admissibles à l’enseignement public ou subventionné en anglais. Selon l’appelant, dans la plupart des cas, les

périodes de fréquentation des EPNS ne dépassaient pas quelques semaines ou quelques mois, et ce, le plus souvent au niveau primaire (m.a., p. 2). Cela n'était toutefois pas le cas des enfants de l'intimé Bindra, qui avaient étudié en anglais pendant plusieurs années. Le ministère de l'Éducation du Québec a rejeté toutes ces demandes de reconnaissance d'admissibilité en raison de la mise en application des modifications apportées par la Loi 104.

[10] Dans le pourvoi Bindra, la situation est différente. Cette affaire porte sur le cas de l'un des enfants de l'intimé, M. Talwinder Bindra, qui participe toutefois aussi aux procédures dans l'affaire Nguyen. Après avoir immigré au Canada, M. Bindra est devenu citoyen canadien en 1990. Il est le père de deux enfants, Jessica et Satbir, qui sont nés à Montréal et ont toujours vécu dans cette ville. Il avait inscrit ses enfants dans une EPNS. Au terme de longs débats sur l'admissibilité de Jessica dans le réseau scolaire public de la minorité, le ministre de l'Éducation a accordé à celle-ci une autorisation spéciale en vertu de l'art. 85.1 *CLF*. L'intimé a alors tenté, en invoquant les dispositions du par. 23(2) de la *Charte canadienne*, de faire reconnaître l'admissibilité de Satbir à l'enseignement public ou subventionné dans la langue de la minorité sur la base de l'instruction que sa sœur recevait. Cette demande de M. Bindra a été rejetée en raison de l'application des modifications prévues par la Loi 104.

[11] Dans les deux affaires, les intimés ont formé des appels devant le Tribunal administratif du Québec (« TAQ »). Les intimés ont alors soulevé l'inconstitutionnalité des al. 2 et 3 de l'art. 73 *CLF*. Ils ont ainsi engagé le litige qui se trouve maintenant porté devant notre Cour.

[12] Les deux appels ont été entendus par le TAQ avant que notre Cour ne rende l'arrêt *Solski*

(*Tuteur de*) c. *Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 R.C.S. 201. Dans cette affaire, la Cour était appelée à déterminer le sens de l'expression « majeure partie » utilisé à l'art. 73 *CLF* pour identifier les parcours scolaires pertinents pour l'admissibilité des enfants dans le réseau scolaire public anglophone. Elle a jugé que, pour respecter les objectifs de l'art. 23 de la *Charte canadienne*, le critère de la « majeure partie » devait comporter une évaluation qualitative, plutôt que strictement quantitative, du cheminement scolaire de l'enfant. Je reviendrai plus loin sur cet arrêt, en raison de son importance pour le sort des pourvois.

III. Historique judiciaire

A. *Nguyen*

(1) Tribunal administratif du Québec, [2003] T.A.Q. 975

[13] Le recours formé par les Nguyen devant le TAQ et entendu conjointement avec 131 autres demandes visait à faire déclarer invalide la modification apportée à la *CLF* par la Loi 104 concernant l'enseignement reçu en anglais dans une EPNS et à obtenir un certificat d'admissibilité à l'école anglaise publique pour l'enfant ou les enfants de chaque partie requérante. Le tribunal rejette d'abord l'interprétation littérale de l'art. 23 de la *Charte canadienne* proposée par les demandeurs. Il estime cette interprétation non conforme aux principes établis par la jurisprudence de notre Cour. Le tribunal juge aussi que la recherche de la volonté du constituant ne permet pas non plus d'appuyer cette interprétation littérale. Le TAQ conclut que l'art. 73 *CLF* respecte les exigences de l'art. 23 de la *Charte canadienne*. Selon le tribunal, ce serait plutôt l'interprétation proposée par les requérants qui

ne serait pas conforme à l'art. 23, puisqu'elle conduirait à un retour au libre choix des parents en matière de langue d'enseignement, à la mise en vigueur de l'al. 23(1)a) de la *Charte canadienne* sans l'assentiment de la législature québécoise et à la mercantilisation du statut d'ayant droit. Le tribunal rejette conséquemment le recours, de même que les conclusions demandant que la disposition législative attaquée soit déclarée invalide.

(2) Cour supérieure du Québec, [2004] Q.J. No. 9812 (QL)

[14] Le débat se transporte ensuite devant la Cour supérieure du Québec à la suite du dépôt d'une requête en révision judiciaire de la décision du TAQ. Cette demande est rejetée par la Cour supérieure, avant que ne soit prononcé l'arrêt *Solski* de notre Cour. Le juge Mass note d'abord que les principes dégagés par la Cour d'appel du Québec dans son arrêt *Solski* ([2002] R.J.Q. 1285) font toujours autorité en la matière, en l'absence d'une décision sur le fond par la Cour suprême du Canada. Il ajoute que les arguments soulevés devant lui sont identiques à ceux que le TAQ a déjà examinés et écartés. Le juge estime que la décision du TAQ est conforme à l'état du droit et ne contient aucune erreur susceptible de révision. Les intimés se pourvoient alors devant la Cour d'appel du Québec. Celle-ci entend leur appel en même temps que celui dans l'affaire *Bindra*.

(3) Cour d'appel du Québec, 2007 QCCA 1111, [2007] R.J.Q. 2097

[15] À la majorité, la Cour d'appel accueille le pourvoi dans l'affaire *Nguyen*. Les juges majoritaires Hilton et Dalphond rédigent des motifs distincts. S'appuyant sur l'arrêt *Solski* rendu peu avant par notre Cour, le juge Hilton reconnaît la constitutionnalité de l'art. 72 *CLF*, mais décide que

l'art. 73 *CLF* porte atteinte aux droits garantis par l'art. 23 de la *Charte canadienne*, dans la mesure où il ne permet pas l'évaluation qualitative globale du parcours scolaire des enfants en cause. Ensuite, le juge Hilton affirme que cette atteinte ne peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*, vu l'importance de la limitation du droit garanti et la violation du critère de l'atteinte minimale au droit. Le juge Hilton renvoie donc tous les dossiers à la personne désignée en vertu de la *CLF*, pour qu'ils soient évalués en fonction des critères qualitatifs établis par notre Cour dans l'arrêt *Solski*. Le juge Dalphond se déclare également d'avis que l'interdiction absolue de prendre en considération l'enseignement reçu en anglais au Québec dans une EPNS est invalide, puisqu'elle nie le droit constitutionnel des enfants de poursuivre leur parcours scolaire en anglais dans une école publique ou une école privée subventionnée, contrairement aux droits garantis par l'art. 23 de la *Charte canadienne* (par. 169). Il précise que la protection accordée par le par. 23(2) vise la réalité scolaire objective de l'enfant et non pas nécessairement l'appartenance de ses parents à une minorité linguistique protégée (par. 205). D'après le juge Dalphond, la mesure attaquée ne peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*, car l'interdiction absolue de considérer l'enseignement reçu dans une EPNS n'est ni raisonnable, ni proportionnelle à l'objet recherché (par. 232). Le juge Giroux, dissident, aurait pour sa part rejeté le pourvoi, estimant que l'application de l'art. 23 doit tenir compte des disparités réelles qui existent entre la situation de la communauté linguistique minoritaire du Québec et les communautés linguistiques minoritaires ailleurs au Canada (par. 250). Il ajoute que la protection accordée par l'art. 23 est réservée aux deux seuls groupes linguistiques francophone et anglophone (par. 270). Le juge Giroux considère en conséquence que le paragraphe contesté de l'art. 73 *CLF* est compatible avec l'art. 23 de la *Charte canadienne*.

B. Bindra

(1) Tribunal administratif du Québec, [2004] T.A.Q. 198

[16] Le tribunal a rendu jugement dans cinq dossiers différents à l'occasion de l'affaire Bindra. Deux de ces appels administratifs sont rejetés sur la base de motifs procéduraux ou factuels (Bindra et Pitre). Dans le dossier de Talwinder Bindra, le tribunal juge que la décision dans l'affaire Nguyen disposait entièrement du litige. Les trois autres dossiers font l'objet d'une analyse plus substantielle, sur la question de la constitutionnalité du dernier alinéa de l'art. 73 *CLF*. À ce propos, le tribunal affirme qu'il doit, pour l'interprétation de l'art. 23 de la *Charte canadienne*, rechercher l'objet véritable de la protection constitutionnelle, et non procéder à une analyse littérale du texte, sans lien avec l'ensemble des textes législatifs pertinents. Le tribunal note ensuite que les requérants n'ont pas de lien avec la minorité anglophone du Québec et ne peuvent conséquemment prétendre au statut d'ayant droit selon le par. 23(2) de la *Charte canadienne*. Les personnes à qui des droits supplémentaires sont accordés par la province ne peuvent, de ce seul fait, devenir des ayants droit au sens constitutionnel. L'interprétation du par. 23(2) de la *Charte canadienne* proposée par les requérants conduit au libre choix de la langue d'enseignement. En conséquence, le tribunal juge que le dernier paragraphe de l'art. 73 *CLF* est compatible avec l'art. 23 de la *Charte canadienne*, et rejette les recours entrepris. L'affaire est ensuite portée devant la Cour supérieure du Québec, par la voie d'une demande de révision judiciaire.

(2) Cour supérieure du Québec, [2005] R.J.Q. 1039

[17] La juge Monast rejette les demandes de révision judiciaire qui lui sont présentées dans les

affaires Pitre et Bindra et reconnaît la validité des motifs invoqués par le TAQ pour rejeter les appels administratifs. Même si sa conclusion sur ce point suffit pour trancher les demandes, la juge Monast analyse aussi la validité constitutionnelle du dernier alinéa de l'art. 73 *CLF*. Elle accepte l'argument du ministre de l'Éducation et du procureur général du Québec selon lequel les législatures provinciales peuvent accorder aux minorités des droits supérieurs aux garanties linguistiques prescrites par la *Charte canadienne* sans que l'adoption de ces mesures ne donne ouverture à une protection constitutionnelle. L'adoption des art. 81, 85 et 85.1 *CLF* permet d'exempter certaines personnes de l'application de l'art. 72 *CLF* et ainsi de leur donner accès à l'enseignement en langue anglaise financé à même les fonds publics. Toutefois, cela ne leur confère pas le statut d'ayant droit visé à l'art. 23 de la *Charte canadienne*. En conséquence, la juge Monast conclut qu'il n'existe aucune incompatibilité entre le dernier alinéa de l'art. 73 *CLF* et l'objet de l'art. 23 de la *Charte canadienne*.

(3) Cour d'appel du Québec, 2007 QCCA 1112, [2007] R.J.Q. 2150

[18] Le juge Dalphond, aux motifs duquel souscrit le juge Hilton, affirme que le TAQ a décidé à tort que la décision rendue dans l'affaire Nguyen avait pour effet de régler entièrement le dossier de Talwinder Bindra. À son avis, l'appelant avait droit à une décision complète quant à l'admissibilité de son fils à l'enseignement public en anglais, que ce soit en raison de sa fréquentation d'une EPNS ou en raison de l'admission de sa sœur dans un établissement scolaire de langue anglaise, en vertu d'une autorisation spéciale. Pour sa part, le juge Dalphond rappelle, au sujet du fond du débat, que le par. 23(2) de la *Charte canadienne* doit être interprété d'une manière large et compatible avec l'objectif constitutionnel de protection des communautés linguistiques minoritaires au Canada. Selon

lui, les enfants qui fréquentent une école de langue anglaise, qu'elle soit publique ou subventionnée et peu importe la nature de l'exception à l'art. 72 *CLF* leur permettant d'obtenir un certificat d'admissibilité, vivent de fait, tous, la même réalité scolaire, et ils ont le droit de poursuivre leurs études en langue anglaise en vertu du par. 23(2) de la *Charte canadienne*. Cette disposition protège également l'unité familiale, en permettant aux frères et sœurs d'un enfant admis à l'enseignement en langue anglaise d'avoir accès eux aussi à l'enseignement dans cette langue, dans le système public ou subventionné.

[19] Ainsi, le refus de prendre en considération l'enseignement reçu par un enfant en vertu d'une autorisation particulière (art. 81, 85 ou 85.1 *CLF*) pour déterminer son admissibilité et celle de ses frères et sœurs à l'enseignement en anglais tronque la réalité objective vécue par l'enfant et viole l'art. 23 de la *Charte canadienne*. Suivant l'arrêt de notre Cour dans *Solski*, il est important, aux fins d'application de l'art. 73 *CLF*, d'analyser le parcours scolaire d'un enfant d'une façon qualitative plutôt que strictement quantitative. Après avoir passé en revue les statistiques relatives au nombre d'autorisations délivrées au Québec en vertu des art. 81, 85 et 85.1 *CLF*, le juge Dalphond conclut que le procureur général du Québec ne s'est pas acquitté du fardeau de démontrer qu'il existait une menace réelle à la survie du français au Québec capable de justifier l'atteinte aux droits constitutionnels résultant du dernier alinéa de l'art. 73 *CLF*. L'atteinte aux droits protégés par l'art. 23 n'est donc pas selon lui justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*, et le dernier alinéa de l'art. 73 *CLF* doit être déclaré inopérant. En conséquence, le juge Dalphond renvoie le dossier à la personne désignée par le ministre de l'Éducation, pour qu'elle délivre immédiatement un certificat d'admissibilité en faveur de Satbir Bindra. Le juge Giroux rédige des motifs distincts, mais qui expriment pour l'essentiel son accord avec l'opinion du juge Dalphond.

C. *L'effet des jugements de la Cour d'appel*

[20] Les décisions rendues par la Cour d'appel du Québec ont invalidé les deuxième et troisième alinéas de l'art. 73 *CLF*, en raison de l'incompatibilité de ces dispositions avec les droits linguistiques garantis par l'art. 23 de la *Charte canadienne*. Dans l'affaire Nguyen, la Cour d'appel a ordonné le renvoi des dossiers des demandeurs à la personne désignée par le ministre de l'Éducation pour réévaluation de chaque situation, à la lumière de sa décision et de l'arrêt *Solski* de notre Cour. Dans l'affaire Bindra, la cour a ordonné le renvoi du dossier au ministère de l'Éducation pour que celui-ci délivre immédiatement un certificat d'admissibilité à Satbir Bindra. Toutefois, l'exécution de ces jugements a été suspendue pour la durée des pourvois des appelants devant notre Cour. Cette suspension a été aussi accordée au sujet de la réévaluation des dossiers particuliers des enfants des intimés dans le dossier Nguyen et de la délivrance du certificat d'admissibilité dans l'affaire Bindra. Le gouvernement du Québec demande maintenant à notre Cour de reconnaître la validité constitutionnelle des dispositions annulées. Dans l'affaire Nguyen, les intimés ont formé un pourvoi incident et demandent à notre Cour de déclarer leurs enfants immédiatement admissibles à l'école anglaise financée par les fonds publics. Ils demandent également que les conclusions de notre Cour dans ce dossier s'appliquent à Satbir Bindra, bien que son cas soit déjà étudié dans le pourvoi Bindra. Dans cette affaire, l'intimé demande à notre Cour de déclarer invalide le troisième alinéa de l'art. 73 *CLF*.

IV. Les questions constitutionnelles

[21] La Juge en chef a formulé, dans des ordonnances en date du 20 mai 2008, les questions constitutionnelles suivantes :

Dans le dossier *Nguyen* :

- 1) Le deuxième alinéa de l'article 73 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11, contrevient-il au paragraphe 23(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- 2) Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Dans le dossier *Bindra* :

- 1) Le troisième alinéa de l'article 73 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11, contrevient-il au paragraphe 23(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- 2) Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

V. Analyse

A. *Les questions en litige*

[22] Notre Cour doit se pencher sur la validité constitutionnelle des deuxième et troisième alinéas de l'art. 73 *CLF*. Il s'agit, en premier lieu, de décider si les dispositions en cause portent atteinte aux droits linguistiques garantis par l'art. 23 de la *Charte canadienne* et, dans l'affirmative,

de se demander si l'atteinte est raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de cette charte. Il faudra ensuite procéder à la détermination de la réparation appropriée et à l'adjudication des dépens.

B. *L'arrêt Solski, l'interprétation du par. 23(2) de la Charte canadienne*

[23] L'article 23 de la *Charte canadienne* établit le cadre général des droits des citoyens canadiens à l'instruction dans la langue de la minorité. La nature de cette disposition diffère de celles que l'on rencontre communément dans les chartes et les déclarations de droits fondamentaux (*Quebec Association of Protestant School Boards*, p. 79). Bien que possédant une portée collective, elle confère des droits individuels. Codification de droits essentiels en matière linguistique, elle reflète un compromis politique fondamental au Canada en cette matière (*Quebec Association of Protestant School Boards*, p. 82; *Solski*, par. 5-10; M. Bastarache, dir., *Les droits linguistiques au Canada* (2^e éd. 2004), p. 6-7; M. Power et P. Foucher, « Language Rights and Education », dans G.-A. Beaudoin et E. A. Mendes, *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (4^e éd. 2005), 1095, p. 1102-1103).

[24] L'alinéa 23(1)a) de la *Charte canadienne* prévoit que les citoyens dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité linguistique de la province où ils résident ont le droit d'y faire instruire leurs enfants dans cette langue. Cet alinéa ne s'applique toutefois pas pour l'instant au Québec. En effet, l'art. 59 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dispose que son entrée en vigueur dans cette province exige l'autorisation de l'assemblée législative ou du gouvernement du Québec, autorisation qui n'a jamais été accordée. Seul s'applique l'al. 23(1)b) relativement à la langue d'enseignement des parents. Cet alinéa détermine à cet égard les catégories d'ayants droit qui peuvent

exiger l'enseignement dans la langue de la minorité. Ainsi, selon l'al. 23(1)b), seuls les citoyens qui ont reçu leur instruction au niveau primaire en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité linguistique ont le droit d'y faire instruire leurs enfants dans cette langue. Par ailleurs, le par. 23(2) de la *Charte canadienne* traite de la continuité de la langue d'instruction d'un enfant et de l'unité du groupe familial. Cette disposition permet aux citoyens canadiens dont l'un des enfants reçoit ou a reçu son instruction dans la langue de la minorité linguistique de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction. Cette disposition se situe au cœur des présents pourvois. On notera que le par. 23(2) vise la langue d'instruction de l'enfant, plutôt que celle des parents, bien que ces derniers demeurent en définitive les titulaires des droits garantis. Finalement, le par. 23(3) assujettit la mise en œuvre des droits garantis à la présence d'un nombre suffisant d'enfants aptes à en bénéficier.

[25] Notre Cour s'est penchée à plusieurs reprises sur l'art. 23 depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne* en 1982. Cette disposition établit un code complet qui détermine la nature et la portée des droits à l'instruction dans la langue des minorités anglophone ou francophone. L'article 23 vise particulièrement les communautés linguistiques minoritaires dans l'ensemble du Canada. D'ailleurs, cette disposition n'a pas été adoptée dans l'abstrait. Bien au fait de la situation des minorités linguistiques et des aménagements législatifs en matière de langue d'enseignement existants au Canada, le constituant a voulu remédier aux lacunes les plus graves des régimes juridiques appliqués à ces minorités, et apporter des remèdes uniformes aux injustices du passé (*Quebec Association of Protestant School Boards*, p. 79; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 363-364; *Solski*, par. 21). L'article 23 a été alors conçu comme un instrument de réalisation de l'égalité entre

les deux groupes linguistiques officiels au Canada (*Mahe c. Alberta*, p. 369; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, [2000] 1 R.C.S. 3, par. 26).

[26] Depuis l'arrêt *Quebec Association of Protestant School Boards*, notre Cour a constamment jugé qu'une méthode téléologique — fondée sur la recherche du but du constituant au moment de l'adoption de l'art. 23 — s'impose dans l'interprétation de cette disposition. Elle a affirmé à plusieurs reprises que cet article vise à assurer la protection des langues officielles ainsi que celle des cultures qu'elles expriment, et à favoriser leur épanouissement, dans les provinces où elles sont minoritaires (*Mahe*, p. 364; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839, p. 849; *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 15, [2005] 1 R.C.S. 238, par. 28; *Solski*, par. 7). Par ailleurs, même s'ils expriment un compromis politique, les droits linguistiques garantis doivent recevoir une interprétation large, libérale et compatible avec l'objet identifié, tout comme les autres droits constitutionnalisés par la *Charte* (*Mahe*, p. 364-365; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 23-24; *Solski*, par. 20). Cependant, le contexte historique, démographique et social ayant conduit à la reconnaissance des droits garantis par l'art. 23 demeure la toile de fond de l'analyse des droits linguistiques et il permet de mieux cerner les préoccupations qui ont inspiré leur reconnaissance constitutionnelle (*Solski*, par. 5). L'analyse et l'interprétation des droits linguistiques cherchent aussi à prendre en compte la dynamique propre à la situation des langues officielles dans chaque province (*Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, p. 851; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 777-778; *Solski*, par. 7). Ces principes fixent le cadre interprétatif de l'art. 23 de la *Charte canadienne*.

[27] Comme l'a souligné la Cour dans l'arrêt *Solski*, le par. 23(2) de la *Charte canadienne* a pour objet précis de garantir le droit à la continuité de l'instruction dans la langue de la minorité, de préserver l'unité familiale et de favoriser la liberté de circulation et d'établissement à l'intérieur du Canada (par. 30). Bien que l'art. 23 vise la protection et l'épanouissement des deux communautés linguistiques minoritaires francophone et anglophone, les droits accordés par le par. 23(2) s'appliquent indépendamment du fait que les parents ou les enfants admissibles fassent partie de l'une de ces communautés minoritaires, ou parlent l'une de ces langues à la maison, ou même aient une connaissance pratique de la langue de la minorité protégée. Comme notre Cour l'a affirmé dans l'affaire *Solski*, « [l]es conditions qui doivent être remplies en vertu de l'art. 23 reflètent le fait que les néo-canadiens décident notamment d'adopter l'une ou l'autre langue officielle, ou les deux à la fois, en tant que participants au régime linguistique canadien » (par. 31). Le changement de résidence entre deux provinces ne représente pas non plus l'une des conditions d'exercice des droits garantis. Finalement, lorsqu'il renvoie à l'enseignement que l'enfant a reçu ou qu'il reçoit dans un établissement pour déterminer le droit de celui-ci de recevoir l'enseignement dans la langue de la minorité, le texte même du par. 23(2) ne distingue pas entre l'enseignement public ou privé, subventionné ou non.

C. L'arrêt Solski et la recherche du parcours scolaire authentique comme condition d'admissibilité à l'enseignement dans la langue de la minorité

[28] L'arrêt *Solski* joue un rôle déterminant dans l'analyse des droits conférés par le par. 23(2) de la *Charte canadienne*. Dans cette affaire, la Cour devait décider si l'exigence — établie par l'art. 73 *CLF* — qu'un enfant ait reçu la « majeure partie » de son enseignement dans la langue de la minorité pour avoir accès aux écoles publiques et aux écoles privées subventionnées dans cette langue

respectait les droits accordés par le par. 23(2) de la *Charte canadienne*. La Cour a conclu que ce critère de la « majeure partie » de l'enseignement était conforme aux dispositions du par. 23(2), dans la mesure où on lui donnait une interprétation correcte (*Solski*, par. 28 et 35). Il fallait l'interpréter comme la source d'une obligation de procéder à une évaluation qualitative globale du parcours scolaire d'un enfant. On devait éviter une analyse strictement mathématique de ce parcours qui ne se fonde que sur le temps passé dans les écoles de la minorité, ce qui était la méthode employée jusqu'alors par le ministère de l'Éducation du Québec.

[29] L'évaluation globale du cheminement de l'enfant, effectuée d'un point de vue qualitatif, repose alors sur un ensemble de facteurs, d'importance variable selon les faits propres à chaque cas. Ces facteurs incluent notamment le temps passé dans divers programmes d'études, l'étape des études à laquelle le choix de la langue d'instruction a été fait, les programmes offerts et l'existence de problèmes d'apprentissage ou d'autres difficultés (*Solski*, par. 33). L'évaluation qualitative de la situation de l'enfant permet ainsi de déterminer si le demandeur satisfait aux exigences du par. 23(2) et appartient à l'une des catégories reconnues de titulaires de droit. À ce propos, notre Cour a rappelé que cette disposition ne précise pas de période minimale que l'enfant devrait passer dans un programme d'enseignement de la minorité pour bénéficier des droits reconnus par la Constitution (*Solski*, par. 41). Toutefois, un court passage dans une école de la minorité ne témoigne pas d'un engagement réel et ne peut suffire, à lui seul, à obtenir le statut d'ayant droit visé à la *Charte canadienne*. À cet égard, notre Cour met en garde contre les parcours scolaires artificiels destinés à contourner les objectifs de l'art. 23 et à créer des catégories nouvelles d'ayants droit dont l'existence dépend de la seule discrétion des parents :

Compte tenu des objectifs de l'art. 23, il ne suffit pas qu'un enfant soit inscrit depuis quelques semaines ou quelques mois à un programme donné pour qu'il soit possible de conclure que cet enfant ainsi que ses frères et sœurs sont admissibles aux programmes d'enseignement dans la langue de la minorité au Québec. [Solski, par. 39]

D. Atteinte aux droits constitutionnels des demandeurs dans les deux pourvois

[30] L'article 73 *CLF* entend aménager la mise en œuvre des garanties constitutionnelles que prévoit l'art. 23 de la *Charte canadienne* en matière de droits à l'instruction dans la langue de la minorité. Le premier paragraphe de cette disposition énumère cinq situations dans lesquelles un enfant, à la demande de ses parents, peut recevoir au Québec de l'enseignement en langue anglaise financé à même les fonds publics. Ces situations constituent des exceptions à la règle générale établie par l'art. 72 *CLF* et selon laquelle au Québec, l'enseignement est dispensé pour tous les élèves en français, aux niveaux de la maternelle, du primaire et du secondaire. L'article 73 *CLF* reconnaît notamment le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité anglophone aux enfants d'un citoyen canadien si au moins un de ces enfants a reçu ou reçoit un enseignement en anglais n'importe où au Canada, dans la mesure où cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire ou secondaire reçu au Canada.

[31] Comme je l'ai souligné plus haut, les al. 2 et 3 de l'art. 73 *CLF* interdisent toute reconnaissance des parcours scolaires qui se sont déroulés soit dans une EPNS ou en application d'une autorisation particulière accordée en vertu des art. 81, 85 ou 85.1 *CLF*. Ainsi, le temps passé par un enfant dans un établissement scolaire privé non subventionné où l'enseignement est dispensé en langue anglaise, de même que l'enseignement reçu par un enfant en anglais en vertu d'une autorisation spéciale accordée par la province, ne sont pas considérés du tout — ni qualitativement, ni

quantitativement — afin de déterminer si la majeure partie de l’enseignement reçu par un enfant l’a été anglais, et pour établir le droit de poursuivre des études dans cette langue au Québec. Ces périodes d’études sont, pour ainsi dire, effacées du parcours scolaire de l’enfant, comme si elles n’avaient jamais eu lieu.

[32] 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 dans une langue 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 pour l’enfant 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.

[33] 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. Dans l’arrêt *Solski*, notre Cour a précisé qu’il doit être tenu compte du cheminement scolaire global de l’enfant pour déterminer s’il satisfait aux exigences du par. 23(2) de la *Charte canadienne*. Supprimer de l’analyse un pan entier du parcours scolaire, en raison de la nature ou de l’origine 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*.

[34] Or, autant dans le cas des EPNS que dans celui des autorisations spéciales délivrées par la province, les enfants reçoivent ou ont reçu, de fait, de l'enseignement en langue anglaise et se situent en principe dans les catégories d'ayants droit établies par le par. 23(2). L'interprétation correcte de cette disposition commande une analyse complète du parcours scolaire des enfants dont les parents désirent se prévaloir des garanties constitutionnelles, selon l'arrêt *Solski*. En conséquence, je conclus que les al. 2 et 3 de l'art. 73 *CLF* portent atteinte aux droits des intimés, et ce, dans les deux pourvois. Demeure toutefois la question de savoir si, comme le plaident les appelants, cette atteinte peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*.

[35] Cependant, avant de passer à l'examen de l'application de l'article premier, je crois nécessaire d'ajouter à ce stade-ci quelques commentaires à propos de ma conclusion que certaines dispositions de la *CLF* portent atteinte aux droits constitutionnels des intimés. 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 *CLF* 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. Notre Cour a d'ailleurs noté ce problème dans l'arrêt *Solski* (par. 39 et 48).

[36] 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 réaliser ce transfert, on ne saurait affirmer que l'on se retrouve devant un parcours scolaire authentique. Encore faut-il examiner la situation de chaque institution, ainsi que la nature et le comportement de sa clientèle. Aussi, si délicate que puisse être cette tâche, seule une telle approche permettra de respecter les objectifs du constituant, en évitant un retour au principe du libre choix de la langue de l'enseignement, notamment au Québec, que le constituant n'a pas voulu imposer (*Gosselin*, par. 2, 30 et 31).

E. *La justification en vertu de l'article premier*

[37] Les intimés ont plaidé que les appelants ne pouvaient invoquer l'article premier de la *Charte canadienne* pour justifier une limitation des droits garantis par l'art. 23. Il est maintenant bien établi que l'article premier s'applique aux droits linguistiques et que, dans l'arrêt *Quebec Association of Protestant School Boards*, la Cour n'a jamais conclu dans le sens invoqué par les intimés (voir notamment : *Ford*, p. 771 et 774). Par conséquent, en conformité avec la méthode établie dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, notre Cour doit d'abord déterminer si l'objectif visé par les mesures adoptées par le législateur québécois est suffisamment important pour justifier l'atteinte aux droits garantis et, ensuite, si les moyens choisis sont proportionnels à l'objectif recherché.

[38] La Loi 104 comportait deux objectifs principaux. D'une part, elle visait à régler le problème des écoles passerelles et de l'élargissement des catégories d'ayants droit qu'entraînaient les

inscriptions d'élèves dans ces institutions. D'autre part, et de façon plus générale, elle cherchait à protéger la langue française au Québec et à favoriser son épanouissement. Bien que la législature québécoise doive exécuter ses obligations constitutionnelles relatives aux droits à l'instruction dans la langue de la minorité sur son territoire, la règle fondamentale relative à la langue d'enseignement au Québec demeure. Selon l'article 72 *CLF*, sauf exceptions, l'enseignement se donne en langue française à tous les élèves, tant à la maternelle qu'aux niveaux primaire et secondaire, sur le territoire du Québec. Cette règle exprime un choix politique valide. L'Assemblée nationale du Québec peut légitimement vouloir faire respecter ce choix, sans dérogations autres que celles qu'imposent les droits linguistiques reconnus par l'art. 23 de la *Charte canadienne*. La création d'une voie d'accès quasi automatique aux écoles de la minorité linguistique par l'intermédiaire de ces écoles tremplins compromettrait la réalisation de cette volonté du législateur. Résoudre cette difficulté représente un objectif important et légitime. D'ailleurs, dans l'arrêt *Ford*, notre Cour a déjà reconnu que l'objectif général de protection de la langue française représentait un objectif légitime, au sens de l'arrêt *Oakes*, eu égard à la situation linguistique et culturelle particulière de la province de Québec :

[L]es documents établissent amplement l'importance de l'objet législatif de la *Charte de la langue française* et le fait qu'elle est destinée à répondre à un besoin réel et urgent. [. . .] La vulnérabilité de la langue française au Québec et au Canada a été décrite dans une série de rapports de commissions d'enquête, tout d'abord dans le rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme de 1969 puis dans les rapports de la commission Parent et de la commission Gendron. [. . .] Donc, au cours de la période qui a précédé l'adoption de la loi en cause, le « visage linguistique » du Québec donnait souvent l'impression que l'anglais était devenu aussi important que le

français. Ce « visage linguistique » a renforcé chez les francophones la crainte que l'anglais gagne en importance, que la langue française soit menacée et qu'elle finisse par disparaître. Il semblait indiquer aux jeunes francophones que la langue du succès était presque exclusivement l'anglais et confirmait pour les anglophones qu'il n'était pas vraiment nécessaire d'apprendre la langue de la majorité. Cela pouvait en outre amener les immigrants à penser qu'il était plus sage de s'intégrer à la collectivité anglophone. . .

Il ressort des documents se rapportant à l'article premier et à l'art. 9.1 que la politique linguistique sous-tendant la *Charte de la langue française* vise un objectif important et légitime. Ils révèlent les inquiétudes à l'égard de la survie de la langue française et le besoin ressenti d'une solution législative à ce problème. . . [p. 777-779]

[39] Plus de vingt ans après cette décision, cette préoccupation demeure présente au Québec, comme en témoigne le *Rapport sur l'évolution de la situation linguistique au Québec, 2002-2007* (2008) de l'Office québécois de la langue française. Ce rapport exprime toujours une forte inquiétude quant à la situation de la langue française dans le contexte canadien et nord-américain :

Tant à l'échelle canadienne que nord-américaine, le français et l'anglais n'ont pas le même poids et ne sont pas soumis aux mêmes contraintes d'avenir. La pérennité de l'anglais au Canada et en Amérique du Nord est quasi certaine. Celle du français au Québec, et particulièrement dans la région de Montréal, dépend encore, dans une large mesure, de sa rencontre avec l'anglais et demeure tributaire de divers facteurs tels que la fécondité, le vieillissement de la population, les migrations inter et intraprovinciales et les substitutions linguistiques. [p. 47]

[40] L'objectif législatif étant reconnu comme valide, il faut alors déterminer si les dispositions introduites par la Loi 104 apportent une réponse proportionnée aux problèmes identifiés plus haut. À mon avis, les appelants ont établi l'existence d'un lien rationnel de causalité entre les objectifs de la Loi 104 et les mesures prises par la province de Québec. Notre Cour s'est d'ailleurs prononcée à

plusieurs reprises sur l'importance de l'éducation et de l'organisation des écoles pour la préservation et l'épanouissement d'une langue et de sa culture (*Mahe*, p. 362-363; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, p. 849; *Gosselin*, par. 31). La Loi 104 cherche à protéger et à valoriser l'enseignement en langue française et l'usage de cette langue.

[41] La difficulté principale que pose l'examen de la validité constitutionnelle des dispositions attaquées se situe à l'étape de l'analyse de la proportionnalité des mesures adoptées. Même si l'existence d'un lien rationnel entre les mesures attaquées et l'objectif de la loi est reconnue, il faut poursuivre l'analyse et se demander si les moyens retenus par le législateur représentent une atteinte minimale, au sens de la jurisprudence, aux droits constitutionnels garantis par le par. 23(2) de la *Charte canadienne*. Je suis d'avis que les mesures adoptées et contestées dans les pourvois Nguyen et Bindra sont excessives par rapport aux objectifs visés et ne satisfont pas à la norme de l'atteinte minimale.

[42] Je traiterai d'abord de l'affaire Nguyen et donc du cas des écoles privées non subventionnées, visées par le deuxième alinéa de l'art. 73 *CLF*. Comme je l'ai souligné plus tôt, la Loi 104 exclut toute considération du parcours scolaire d'un enfant dans une école anglophone privée non subventionnée. Elle ne tient aucunement compte de la durée et des circonstances de ce parcours, non plus que de la nature et de l'histoire de l'établissement scolaire où l'enfant a été inscrit. Le refus de prendre en compte ce parcours est total et sans nuance. À la lumière de la preuve présentée dans le pourvoi Nguyen, cette solution législative paraît excessive par rapport à la gravité du problème identifié, ainsi qu'à son impact sur les clientèles scolaires et, potentiellement, sur la situation de la langue française au Québec. Selon la preuve, le nombre d'enfants pouvant se faire admettre dans le

réseau public anglophone après un passage dans une EPNS reste relativement faible, bien qu'il semble augmenter graduellement. Par exemple, pour l'année scolaire 2001-2002, il ressort des statistiques fournies par le ministère de l'Éducation que, pour l'ensemble du Québec, un peu plus de 2 100 élèves inscrits dans les EPNS anglaises aux niveaux préscolaire, primaire et secondaire ne détenaient pas de certificat d'admissibilité à l'enseignement en anglais (d.a., p. 1605). En conséquence, avant l'entrée en vigueur de la Loi 104, leur passage dans ces institutions aurait pu les qualifier pour un éventuel transfert vers le réseau anglophone financé à même les fonds publics. Ce chiffre représente environ un peu plus de 1,5 pour 100 du nombre total des élèves admissibles à l'enseignement en langue anglaise cette année-là (*Rapport sur l'évolution de la situation linguistique au Québec, 2002-2007*, p. 82). De plus, ce nombre s'est accru. En effet, le nombre d'écoliers fréquentant une EPNS anglaise sans détenir de certificat d'admissibilité dépassait 4 000 pour l'année scolaire 2007-2008 (d.a., p. 1605). Malgré cette augmentation, les effectifs en cause demeurent relativement faibles par rapport aux clientèles des réseaux scolaires anglophone et francophone. Devant cette situation, sans pour autant nier l'importance de l'objectif de l'al. 2 de l'art. 73 *CLF*, la prohibition absolue de la prise en considération du parcours scolaire dans une EPNS semble trop draconienne. En effet, on n'assiste pas à un retour effectif au libre choix et à un bouleversement des catégories d'ayants droit. Le législateur aurait pu adopter des solutions différentes, qui soient moins attentatoires aux droits garantis et davantage conciliables avec l'approche concrète et contextuelle que recommande l'arrêt *Solski*.

[43] 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 *CLF* 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.

[44] Certains éléments de preuve relatifs à l'utilisation des écoles passerelles laissent planer des doutes quant à l'authenticité de bon nombre de parcours scolaires, et quant aux objectifs de la création de certaines institutions. Ainsi, la publicité de quelques établissements suggère qu'un court passage en leur sein permet de rendre leurs élèves admissibles aux écoles anglophones financées à même les fonds publics (d.a., p. 1200-1202). Une méthode d'examen des dossiers plus conforme à celle établie dans l'arrêt *Solski* permet l'étude concrète du cas de chaque élève et de celui des établissements concernés. Elle porte sur la durée du parcours, la nature et l'histoire de l'institution et le type d'enseignement qu'on y donne. Par exemple, on peut penser qu'un passage de six mois ou d'un an au début du cours primaire dans des institutions créées pour jouer le rôle de passerelles vers l'enseignement public ne représente pas un parcours scolaire respectant les objectifs du par. 23(2) de la *Charte canadienne* et l'interprétation donnée à cette disposition dans l'arrêt *Solski*. De plus, comme je l'ai souligné précédemment, on se souviendra que dans cet arrêt, notre Cour avait exprimé des réserves à l'égard des tentatives de créer des droits linguistiques en faveur de catégories élargies d'ayants droit au moyen de courts passages dans des établissements scolaires de la langue de la minorité (*Solski*, par. 39).

[45] Les situations visées par le pourvoi Bindra touchent elles aussi un nombre relativement restreint d'enfants. En effet, selon les statistiques fournies par les appelants, il appert que, de 1990 à 2002, en moyenne 7,1 pour 100 des élèves admissibles à l'enseignement en anglais l'étaient en vertu

d'une autorisation spéciale délivrée par la province en conformité avec les art. 81, 85 et 85.1 *CLF* (*Rapport sur l'évolution de la situation linguistique au Québec, 2002-2007*, p. 90). Bien qu'il ne soit pas possible de déterminer avec précision dans quelle proportion ces élèves ont par la suite obtenu un certificat d'admissibilité en vertu de l'art. 73, al. 1(2) *CLF*, je constate, toutefois, qu'une forte majorité de ceux-ci sont admissibles parce qu'ils séjournent temporairement au Québec et ont obtenu, sur cette base, des autorisations spéciales en vertu de l'art. 85 *CLF*. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que le mécanisme des autorisations spéciales continue de relever entièrement du gouvernement du Québec. Celui-ci peut donc accorder des autorisations qui excèdent le cadre de ses obligations constitutionnelles, mais il ne peut, ce faisant, nier les droits qui découlent de ces autorisations et qui sont garantis par la *Charte canadienne*. Les dispositions ajoutées à la *CLF* par la Loi 104 et qui s'appliquent au cas de M. Bindra ne respectent pas le principe de la préservation de l'unité des groupes familiaux que reconnaît le par. 23(2) de la *Charte canadienne*. En effet, elles sont de nature à empêcher totalement le regroupement des enfants d'une famille dans un même système scolaire.

F. *Les réparations*

[46] Je dois donc conclure que la limitation des droits constitutionnels des intimés n'a pas été justifiée conformément à l'article premier de la *Charte canadienne*. Par conséquent, je confirmerais la déclaration d'invalidité des al. 2 et 3 de l'art. 73 *CLF* prononcée par la Cour d'appel du Québec. En raison des difficultés que peut entraîner cette déclaration d'invalidité, je suspendrais ses effets pour une période d'un an afin de permettre à l'Assemblée nationale du Québec de réexaminer la loi. Toutefois, il faut également considérer la situation des demandeurs concernés dans les deux pourvois.

[47] Dans le cas des demandeurs visés par le pourvoi Nguyen, malgré la suspension de la déclaration d'invalidité, à l'instar de la Cour d'appel du Québec, je renverrais leurs dossiers au ministère de l'Éducation et, s'il y a lieu, au TAQ pour qu'ils soient étudiés à la lumière des critères établis dans l'arrêt *Solski* et dans le présent arrêt. En effet, la preuve actuellement aux dossiers ne permet pas à notre Cour de déterminer si les enfants concernés sont admissibles ou non à l'enseignement en langue anglaise au Québec. Je rejetterais donc le pourvoi incident, sans frais. Dans le pourvoi Bindra, la preuve est claire. Satbir Bindra a droit d'être déclaré admissible immédiatement et un certificat à cet effet doit lui être accordé sans délai. Notre Cour doit en conséquence confirmer la conclusion de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec ordonnant le renvoi du dossier à la personne désignée par le ministre de l'Éducation pour qu'elle délivre immédiatement à Satbir Bindra un certificat d'admissibilité à l'enseignement en anglais. Par ailleurs, je rejetterais l'appel incident dans cette affaire, puisque, contrairement à ce que prétend M. Bindra, la Cour d'appel s'est prononcée clairement sur l'invalidité constitutionnelle du troisième alinéa de l'art. 73 *CLF* et que le renvoi du dossier à la personne désignée règle le sort de la demande de M. Bindra.

G. *Les dépens*

[48] Il reste maintenant à examiner une question accessoire, mais néanmoins importante pour les intimés, celle des dépens. Les intimés demandent que des honoraires spéciaux de 100 000 \$, payables par les appelants, leur soient accordés en vertu de l'art. 15 du *Tarif des honoraires judiciaires des avocats*, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 13. Cette disposition est rédigée ainsi :

La Cour peut, sur demande ou d'office, accorder un honoraire spécial, en plus de tous

autres honoraires, dans une cause importante.

Les tribunaux du Québec se sont prononcés fréquemment sur l'application de cette disposition. Dans l'affaire *Banque canadienne impériale de commerce c. Aztec Iron Corp.*, [1978] R.P. 385, la Cour supérieure a analysé de manière exhaustive les règles régissant les demandes d'honoraires spéciaux, de même que les 23 facteurs objectifs et critères d'appréciation de l'importance d'une cause pour l'application de l'art. 15 du Tarif. De plus, cette décision a été reprise et suivie constamment (D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (4^e éd. 2003), vol. 1, p. 725-730). Dans une décision récente de la Cour d'appel du Québec, *JTI MacDonald Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 QCCA 110, [2009] R.J.Q. 261, le juge Forget confirmait de nouveau la validité des critères appliqués par la jurisprudence québécoise pour décider si un honoraire spécial doit être accordé et le pouvoir discrétionnaire reconnu aux tribunaux en ces matières.

[49] Il est vrai qu'il s'agit de la première occasion où la Cour est appelée à se prononcer sur la validité constitutionnelle et l'interprétation des al. 2 et 3 de l'art. 73 *CLF*, et que l'affaire a provoqué des débats judiciaires intenses et, sans doute, difficiles. Cependant, le dossier qui nous a été soumis comporte peu d'explications sur le montant de l'honoraire demandé, non plus que sur les justifications particulières de celui-ci. En conséquence, je ne crois pas qu'il faille accorder l'honoraire demandé.

VI. Dispositif

[50] Les appels principaux sont rejetés avec dépens. Les appels incidents sont rejetés sans frais. Je n'accorde pas l'honoraire spécial demandé par les intimés. Je répondrais comme suit aux

questions constitutionnelles posées :

Dans le dossier *Nguyen* :

1) Le deuxième alinéa de l'article 73 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11, contrevient-il au paragraphe 23(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2) Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

Dans le dossier *Bindra* :

1) Le troisième alinéa de l'article 73 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11, contrevient-il au paragraphe 23(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2) Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

[51] Je suspendrais l'effet de la déclaration d'invalidité des al. 2 et 3 de l'art. 73 *CLF* pour un an, à compter de la date du présent jugement, mais, en dépit de cette suspension, je renverrais les dossiers des demandeurs visés par le pourvoi Nguyen au ministère de l'Éducation du Québec et, s'il y

a lieu, au Tribunal administratif du Québec, pour qu'ils soient examinés à la lumière des principes établis dans l'arrêt *Solski* et dans le présent arrêt. Dans le pourvoi Bindra, j'ordonnerais le renvoi du dossier à la personne désignée par le ministre de l'Éducation du Québec, pour qu'elle délivre immédiatement à Satbir Bindra un certificat d'admissibilité à l'enseignement en anglais.

ANNEXE

(1) *Charte canadienne des droits et libertés*

Droits à l'instruction dans la langue de la minorité

23. (1) Les citoyens canadiens :

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

Minority Language Educational Rights

23. (1) Citizens of Canada

a) whose first language learned and still understood is that of the English or French linguistic minority population of the province in which they reside, or

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,

b) who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where the language in which they received that instruction is the language of the English or French linguistic minority population of the province, ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.

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

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

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

b) comprend, lorsque le nombre de

have the right to have their children receive primary and secondary school instruction in that language in that province.

(2) Citizens of Canada of whom any child has received or is receiving primary or secondary school instruction in English or French in Canada, have the right to have all their children receive primary and secondary school instruction in the same language.

(3) The right of citizens of Canada under subsections (1) and (2) to have their children receive primary and secondary school instruction in the language of the English or French linguistic minority population of a province

a) applies wherever in the province the number of children of citizens who have such a right is sufficient to warrant the provision to them out of public funds of minority language instruction; and

b) includes, where the number of

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

those children so warrants, the right to have them receive that instruction in minority language educational facilities provided out of public funds.

(2) *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11

72. L'enseignement se donne en français dans les classes maternelles, dans les écoles primaires et secondaires sous réserve des exceptions prévues au présent chapitre.

72. Instruction in the kindergarten classes and in the elementary and secondary schools shall be in French, except where this chapter allows otherwise. **73.** Peuvent recevoir l'enseignement en anglais, à la demande de l'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 reçu au Canada;

2° les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et qui ont 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;

73. The following children, at the request of one of their parents, may receive instruction in English:

(1) a child whose father or mother is a Canadian citizen and received elementary instruction in English in Canada, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary instruction he or she received in Canada;

(2) a child whose father or mother is a Canadian citizen and who has received or is receiving elementary or secondary instruction in English in Canada, and the brothers and sisters of that child, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary or secondary instruction received by the child in Canada;

(3) a child whose father and mother are not Canadian citizens, but whose father or mother received elementary instruction in English in Québec, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary instruction he or she received in Québec;

4° les enfants qui, lors de leur dernière année de scolarité au Québec avant le 26 août 1977, recevaient l'enseignement en anglais dans une classe maternelle publique ou à l'école primaire ou secondaire, de même que leurs frères et sœurs;

5° les enfants dont le père ou la mère résidait au Québec le 26 août 1977, et avait reçu un enseignement primaire en anglais hors du Québec, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu hors du Québec.

Il 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.

Il n'est pas tenu compte non plus de l'enseignement en anglais reçu en application d'une autorisation particulière accordée en vertu des articles 81, 85 ou 85.1.

81. Les enfants qui présentent des difficultés graves d'apprentissage peuvent, à la demande de l'un de leurs parents, recevoir l'enseignement en anglais lorsqu'une telle mesure est requise pour favoriser leur apprentissage. Les frères et sœurs d'un enfant ainsi exempté de l'application du premier alinéa de l'article 72 peuvent aussi en être exemptés.

Le gouvernement peut, par règlement, définir les catégories d'enfants visés à l'alinéa précédent et déterminer la procédure à suivre en vue de l'obtention d'une telle exemption.

(4) a child who, in his last year in school in Québec before 26 August 1977, was receiving instruction in English in a public kindergarten class or in an elementary or secondary school, and the brothers and sisters of that child;

(5) a child whose father or mother was residing in Québec on 26 August 1977 and had received elementary instruction in English outside Québec, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary instruction he or she received outside Québec.

However, instruction in English received in Québec in a private educational institution not accredited for the purposes of subsidies by the child for whom the request is made, or by a brother or sister of the child, shall be disregarded. The same applies to instruction in English received in Québec in such an institution after October 1, 2002 by the father or mother of the child.

Instruction in English received pursuant to a special authorization under section 81, 85 or 85.1 shall also be disregarded.

81. Children having serious learning disabilities may, at the request of one of their parents, receive instruction in English if required to facilitate the learning process. The brothers and sisters of children thus exempted from the application of the first paragraph of section 72 may also be exempted.

The Government, by regulation, may define the classes of children envisaged in the preceding paragraph and determine the procedure to be followed in view of obtaining such an exemption.

85. Les enfants qui séjournent au Québec de façon temporaire peuvent, à la demande de l'un de leurs parents, être exemptés de l'application du premier alinéa de l'article 72 et recevoir l'enseignement en anglais dans les cas ou les circonstances et selon les conditions que le gouvernement détermine par règlement. Ce règlement prévoit également la période pendant laquelle l'exemption peut être accordée, de même que la procédure à suivre en vue de l'obtention ou du renouvellement d'une telle exemption.

85.1. Lorsqu'une situation grave d'ordre familial ou humanitaire le justifie, le ministre de l'Éducation peut, sur demande motivée et sur recommandation du comité d'examen, déclarer admissible à l'enseignement en anglais un enfant dont l'admissibilité a été refusée par une personne désignée par le ministre.

La demande doit être produite dans les 30 jours de la notification de la décision défavorable.

Elle est soumise à l'examen d'un comité formé de trois membres désignés par le ministre. Le comité fait rapport au ministre de ses constatations et de sa recommandation.

Le ministre indique, dans le rapport prévu à l'article 4 de la Loi sur le ministère de l'Éducation (chapitre M-15), le nombre d'enfants déclarés admissibles à recevoir l'enseignement en anglais en vertu du présent article et les motifs qu'il a retenus pour les déclarer admissibles.

85. Children staying in Québec temporarily may, at the request of one of their parents, be exempted from the application of the first paragraph of section 72 and receive instruction in English in the cases or circumstances and on the conditions determined by regulation of the Government. The regulation shall also prescribe the period for which such an exemption may be granted and the procedure to be followed in order to obtain or renew it.

85.1. Where warranted by a serious family or humanitarian situation, the Minister of Education may, upon a reasoned request and on the recommendation of the examining committee, declare eligible for instruction in English a child who has been declared non-eligible by a person designated by the Minister.

The request must be filed within 30 days of notification of the unfavourable decision.

The request shall be submitted to an examining committee composed of three members designated by the Minister. The committee shall report its observations and recommendation to the Minister.

The Minister shall specify, in the report referred to in section 4 of the Act respecting the Ministère de l'Éducation (chapter M-15), the number of children declared eligible for instruction in English under this section and the grounds on which they were declared eligible.

Pourvois rejetés avec dépens. Pourvois incidents rejetés.

Procureurs des appelants/intimés aux pourvois incidents : Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureur des intimés/appelants aux pourvois incidents : Brent D. Tyler, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Tribunal administratif du Québec : Morel, Lemieux, Montréal.

Procureurs des intervenants l'Association des écoles privées du Québec et l'Association provinciale des enseignantes et des enseignants du Québec : Heenan Blaikie, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Commission scolaire francophone, Territoires du Nord-Ouest : Balfour Moss, Regina.

Procureurs de l'intervenante l'Association des commissions scolaires anglophones du Québec : Bergman & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques : Heenan Blaikie, Toronto.

Procureur de l'intervenant le commissaire aux langues officielles du Canada : Commissariat aux langues officielles du Canada, Ottawa.