

**IN THE MATTER OF** an appeal from an opinion of the Manitoba Court of Appeal;

and

**IN THE MATTER OF** a reference to the Manitoba Court of Appeal in accordance with the *Constitutional Questions Act*, C.C.S.M. c. C180, by the Lieutenant Governor in Council for hearing and consideration of questions relating to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* being Part I of the *Constitution Act, 1982* and *The Public Schools Act*, C.C.S.M. c. P250, and ss. 79(3), 79(4) and 79(7) thereof

and

**The Fédération provinciale des comités de parents Inc.** *Appellant*

v.

**The Attorney General of Manitoba** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the Conseil jeunesse provincial Inc., the Société franco-manitobaine, the Commission nationale des parents francophones, the Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada and the Commissioner of Official Languages** *Intervenors*

INDEXED AS: REFERENCE RE *PUBLIC SCHOOLS ACT* (MAN.), S. 79(3), (4) AND (7)

File No.: 21836.

1992: December 3; 1993: March 4.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

**DANS L'AFFAIRE** d'un pourvoi visant un avis de la Cour d'appel du Manitoba;

et

a

**DANS L'AFFAIRE** d'un renvoi à la Cour d'appel du Manitoba conformément à la *Loi sur les questions constitutionnelles*, C.P.L.M. ch. C180, adressé par le lieutenant-gouverneur en conseil au sujet de questions ayant trait à la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, à la *Loi sur les écoles publiques*, C.P.L.M. ch. P250, et aux par. 79(3), 79(4) et 79(7) de cette loi

et

d

**La Fédération provinciale des comités de parents Inc.** *Appelante*

e

**Le procureur général du Manitoba** *Intimé*

f

et

**Le procureur général du Canada, le Conseil jeunesse provincial Inc., la Société franco-manitobaine, la Commission nationale des parents francophones, la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada et le Commissaire aux langues officielles** *Intervenants*

i

RÉPERTORIÉ: RENVOI RELATIF À LA *LOI SUR LES ÉCOLES PUBLIQUES* (MAN.), ART. 79(3), (4) ET (7)

N° du greffe: 21836.

1992: 3 décembre; 1993: 4 mars.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
MANITOBA

*Constitutional law — Charter of Rights — Minority language educational rights — Educational facilities — Whether rights to minority language educational facilities include a right to distinct physical setting — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 23.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Minority language educational rights — Right of “management and control” — Section 23 of Charter of Rights conferring upon minority language parents a right to manage and control minority language educational facilities — Whether Manitoba Public Schools Act meets s. 23’s requirement — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 23 — The Public Schools Act, R.S.M. 1987, c. P250, s. 79(3), (4), (7).*

*Appeal — Mootness — Respondent alleging that issues raised in this appeal resolved to a large extent by a Supreme Court of Canada decision rendered shortly after Court of Appeal’s judgment — Whether appeal to Supreme Court moot.*

The Lieutenant Governor in Council of Manitoba referred to the Court of Appeal of that province three constitutional questions concerning the validity of s. 79(3), (4) and (7) of the *Manitoba Public Schools Act* in view of ss. 15 and 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The second and third questions, in issue in this appeal, read as follows:

- (b) What does the right to have one’s children receive instruction “in minority language educational facilities” guaranteed by section 23(3)(b) of the *Charter* mean? In particular, does it include the right to have one’s children receive instruction in a distinct physical setting?
- (c) (i) Do section 23 and section 15 of the *Charter* grant any right of management or control in connection with section 23’s guarantees of French language instruction and facilities?
- (ii) If so, do the provisions in Part I, II, and III of *The Public Schools Act* concerning the formation of school divisions and districts, the election of school boards, and the powers and

## EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU MANITOBA

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’instruction dans la langue de la minorité — Établissements d’enseignement — Le droit à l’instruction dans des établissements d’enseignement de la minorité linguistique comprend-il le droit à des lieux physiques distincts? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 23.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’instruction dans la langue de la minorité — Droit de «gestion et de contrôle» — L’article 23 de la Charte des droits confère aux parents appartenant à un groupe linguistique minoritaire un droit de gestion et de contrôle à l’égard des établissements d’enseignement de la minorité linguistique — La Loi sur les écoles publiques du Manitoba satisfait-elle à l’exigence de l’art. 23? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 23. — Loi sur les écoles publiques, L.R.M. 1987, ch. P250, art. 79(3), (4), (7).*

*Appel — Caractère théorique — L’intimé soutient que les points soulevés dans le pourvoi ont en grande partie été tranchés par un arrêt de la Cour suprême du Canada rendu peu après la décision de la Cour d’appel — Le pourvoi devant la Cour suprême revêt-il un caractère théorique?*

Le lieutenant-gouverneur en conseil du Manitoba a soumis par renvoi à la Cour d’appel de la province trois questions ayant trait à la validité constitutionnelle des par. 79(3), (4) et (7) de la *Loi sur les écoles publiques* par rapport aux art. 15 et 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les deuxième et troisième questions, qui font l’objet du présent pourvoi, se lisent ainsi:

- b) En quoi consiste le droit de faire instruire ses enfants «dans des établissements d’enseignement de la minorité linguistique» garanti par l’alinéa 23(3)b) de la *Charte*? Ce droit comprend-il plus particulièrement le droit de faire instruire ses enfants dans des lieux physiques distincts?
- c) (i) Les articles 23 et 15 de la *Charte* accordent-ils un droit de gestion ou de contrôle se rattachant aux droits prévus à l’article 23 concernant l’instruction en langue française et les établissements d’enseignement de la minorité linguistique?
- (ii) Dans l’affirmative, les dispositions des parties I, II et III de la *Loi sur les écoles publiques* concernant l’établissement des divisions et des districts scolaires, l’élection des

duties of school boards meet Manitoba's constitutional obligations with reference to such a right of management or control? If not, in what essential elements do the provisions fail to do so?

A majority of the Court of Appeal found that the rights guaranteed by s. 23(3)(b) of the *Charter* include a right to a distinct setting for the provision of minority language education but that neither s. 23 nor s. 15 of the *Charter* conferred on the linguistic minority any right of management and control. The Court of Appeal's judgment was handed down before *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342.

*Held*: The appeal should be allowed. Question (b) should be answered in the affirmative. Question (c)(i) should be answered in the affirmative on the basis of s. 23 of the *Charter*. Question (c)(ii) should be answered in the negative.

#### (1) *Mootness*

Despite the resolution of much of the substance of the reference in the decision of this Court in *Mahe*, this appeal is not moot. The Manitoba *Public Schools Act* has not been struck down, and *Mahe* did not determine how the rights guaranteed under s. 23 of the *Charter* must be interpreted in Manitoba. The constitutional questions as stated are within the scope of the original reference and, further, the Court of Appeal's decision is in conflict with *Mahe*.

#### (2) *Constitutional Questions*

The general right of instruction conferred by s. 23 of the *Charter*, read in the context of the section as a whole, necessarily requires that the educational facilities be of or belong to the linguistic minority group, and includes the right to a distinct physical setting and facilities. While a general right to distinct physical settings is an integral aspect of the provision of educational and cultural services, it is not necessary at this point to elaborate what might satisfy this requirement in a given situation. Pedagogical and financial considerations would both play a role in determining what is required. Obviously the financial impact of the provision of specific facilities will vary from region to region. The assessment of what will constitute appropriate facilities in Manitoba should only be undertaken on the basis of a distinct geographic unit within the province. The exer-

membres des commissions scolaires et les attributions des commissions scolaires permettent-elles au Manitoba de remplir ses obligations en ce qui a trait à un tel droit de gestion ou de contrôle? Si ces dispositions ne permettent pas au Manitoba de remplir ses obligations constitutionnelles à cet égard, quels sont les éléments essentiels qui leur manquent?

La Cour d'appel à la majorité a conclu que les droits garantis par l'al. 23(3)b) de la *Charte* comprennent un droit à des lieux distincts pour l'instruction dans la langue de la minorité mais que ni l'art. 23 ni l'art. 15 de la *Charte* ne confèrent un droit de gestion et de contrôle à la minorité linguistique. La décision de la Cour d'appel a été rendue avant l'arrêt *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342.

*Arrêt*: Le pourvoi est accueilli. La question b) reçoit une réponse affirmative. La question c)(i) reçoit une réponse affirmative sur le fondement de l'art. 23 de la *Charte*. La question c)(ii) reçoit une réponse négative.

#### (1) *Caractère théorique de la question*

Même si l'arrêt *Mahe* a en grande partie tranché les questions de fond soulevées dans le renvoi, le pourvoi ne revêt pas un caractère théorique. La *Loi sur les écoles publiques* du Manitoba n'a pas été annulée et l'arrêt *Mahe* n'établit pas comment les droits garantis par l'art. 23 de la *Charte* doivent être interprétés au Manitoba. Les questions constitutionnelles telles que formulées entrent dans le cadre visé par le renvoi initial et, de plus, la décision de la Cour d'appel est en contradiction avec l'arrêt *Mahe*.

#### (2) *Les questions constitutionnelles*

Le droit général à l'instruction garanti par l'art. 23 de la *Charte*, interprété dans le contexte de l'ensemble de l'article, exige que les établissements d'enseignement soient ceux du groupe linguistique minoritaire ou lui appartiennent, et il comprend le droit à des lieux ou établissements physiques distincts. Bien que la prestation de ces services culturels et d'enseignement comporte un droit général à des lieux physiques distincts, il n'est pas nécessaire de préciser pour l'instant comment satisfaire à cette exigence dans une situation donnée. Ce qui est requis dépend de considérations pédagogiques et financières. De toute évidence, les répercussions financières de la création d'établissements spécifiques varieront d'une région à l'autre. Il faut donc que l'examen de ce qui constitue des établissements appropriés au Manitoba ne soit entrepris qu'à l'égard de secteurs géographiques

cise of a full complement of the right to a distinct physical setting is related to the application of the "sliding-scale approach" developed by this Court in *Mahe*.

In accordance with the principles set out in *Mahe*, s. 23 of the *Charter* confers upon minority language parents a right to manage and control the educational facilities in which their children are taught. Under the "sliding-scale approach", the degree of management and control depends on the number of actual or potential children who will eventually take advantage of the contemplated programme or facility.

The provisions of *The Public Schools Act* do not provide for the implementation of the rights of the linguistic minority in respect of their educational facilities, including appropriate mechanisms for management and control. This Court should be loath, however, to detail what legislation the Manitoba Government must enact in order to meet its constitutional obligations. Governments should have the widest possible discretion in selecting the institutional means by which their s. 23 obligations are to be met. Arrangements and structures which are prejudicial, hamper, or simply are not responsive to the needs of the minority, must be avoided and measures which encourage the development and use of minority language facilities should be considered and implemented. In Manitoba, even accepting the most conservative projections, the number of students who will eventually take advantage of the contemplated programme seem to fall clearly on the high end of the "sliding scale". The number of potential French language students thus warrants the establishment of an independent French language school board in Manitoba under the exclusive management and control of the French language minority. The Government of Manitoba must, without delay, put into place both a regime and a system which permit the Francophone minority to exercise its rights effectively, taking into account the general requirements spelled out in *Mahe*.

#### Cases Cited

**Applied:** *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; **referred to:** *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Société des Acadiens du*

précis dans la province. Le plein exercice du droit à des lieux physiques distincts se rattache à l'application de la «méthode du critère variable» élaborée par notre Cour dans l'arrêt *Mahe*.

Conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *Mahe*, l'art. 23 de la *Charte* confère aux parents appartenant à un groupe linguistique minoritaire un droit de gestion et de contrôle à l'égard des établissements d'enseignement que fréquentent leurs enfants. En vertu de la «méthode du critère variable», le degré de gestion et de contrôle dépend du nombre réel et potentiel d'enfants qui se prévaudront en définitive du programme ou de l'établissement envisagé.

Les dispositions de la *Loi sur les écoles publiques* ne prévoient pas la mise en œuvre des droits que possède la minorité linguistique relativement à ses établissements d'enseignement, ni d'ailleurs les mécanismes appropriés de gestion et de contrôle. Notre Cour devrait se garder de décrire précisément le genre de texte législatif que le gouvernement du Manitoba doit adopter pour satisfaire à ses obligations constitutionnelles. Les gouvernements devraient disposer du pouvoir discrétionnaire le plus vaste possible dans le choix des moyens institutionnels dont ils useront pour remplir leurs obligations en vertu de l'art. 23. Il faut éviter toutes dispositions et structures qui portent atteinte, font obstacle ou ne répondent tout simplement pas aux besoins de la minorité; il faudrait examiner et mettre en œuvre des mesures qui favorisent la création et l'utilisation d'établissements d'enseignement pour la minorité linguistique. Au Manitoba, même en acceptant les projections les plus conservatrices, le nombre d'élèves qui se prévaudront en définitive du programme envisagé semble clairement se situer vers le haut de l'échelle du «critère variable». Le nombre possible d'élèves de langue française justifie donc l'établissement d'un conseil scolaire de langue française autonome au Manitoba, dont la gestion et le contrôle appartiendront exclusivement à la minorité linguistique francophone. Le gouvernement du Manitoba doit, sans retard, mettre en place un régime et un système qui permettront à la minorité francophone d'exercer pleinement ses droits, compte tenu des exigences générales formulées dans l'arrêt *Mahe*.

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué:** *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; **arrêts mentionnés:** *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S.

*Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549; *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148.

712; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 15, 23, 27.  
*Constitution Act, 1982*, s. 52(1).  
*Public Schools Act*, R.S.M. 1987, c. P250, s. 79(3), (4), (7).

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 15, 23, 27.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).  
*Loi sur les écoles publiques*, L.R.M. 1987, ch. P250, art. 79(3), (4), (7).

### Authors Cited

Green, Maurice A. "The Continuing Saga of Litigation: Minority Language Instruction" (1990-91), 3 *Education & Law Journal* 204.  
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough: Carswell, 1992 (loose-leaf).  
Nicholls, Glenn, and Guy L. Roy. *A Report on Major Developments in French-language Education in Manitoba from 1970 to 1987*. Winnipeg: Department of Education, July 18, 1988.

### Doctrine citée

Green, Maurice A. «The Continuing Saga of Litigation: Minority Language Instruction» (1990-91), 3 *Education & Law Journal* 204.  
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough: Carswell, 1992 (loose-leaf).  
Nicholls, Glenn, and Guy L. Roy. *A Report on Major Developments in French-language Education in Manitoba from 1970 to 1987*. Winnipeg: Department of Education, July 18, 1988.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1990), 64 Man. R. (2d) 1, 67 D.L.R. (4th) 488, [1990] 2 W.W.R. 289, concerning the validity of certain provisions of the Manitoba *Public Schools Act*. Appeal allowed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1990), 64 Man. R. (2d) 1, 67 D.L.R. (4th) 488, [1990] 2 W.W.R. 289, concernant la validité de certaines dispositions de la *Loi sur les écoles publiques* du Manitoba. Pourvoi accueilli.

*Laurent J. Roy, Q.C.*, and *Michel L. J. Chartier*, for the appellant and the intervener the Conseil jeunesse provincial Inc.

*Laurent J. Roy, c.r.*, et *Michel L. J. Chartier*, pour l'appelante et l'intervenant le Conseil jeunesse provincial Inc.

*Marva J. Smith* and *Deborah Carlson*, for the respondent.

*Marva J. Smith* et *Deborah Carlson*, pour l'intimé.

*Warren J. Newman* and *Jean-Charles Ducharme*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Warren J. Newman* et *Jean-Charles Ducharme*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Michel Bastarache*, for the interveners the Société franco-manitobaine and the Commission nationale des parents francophones.

*Michel Bastarache*, pour les intervenantes la Société franco-manitobaine et la Commission nationale des parents francophones.

*François Dumaine*, for the intervener the Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada.

*François Dumaine*, pour l'intervenante la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada.

*Stephen B. Acker*, for the intervener the Commissioner of Official Languages.

*Stephen B. Acker*, pour l'intervenant le Commissaire aux langues officielles.

The judgment of the Court was delivered by

Le jugement de la Cour a été rendu par

LAMER C.J.—This case involves a constitutional reference to determine whether certain provisions in Manitoba's *Public Schools Act*, R.S.M. 1987, c. P250, conform with s. 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

LE JUGE EN CHEF LAMER—Il s'agit d'un renvoi de nature constitutionnelle visant à déterminer si certaines dispositions de la *Loi sur les écoles publiques* du Manitoba, L.R.M. 1987, ch. P250, sont compatibles avec l'art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

### Facts

### Les faits

On September 1986, the appellant, Fédération provinciale des comités de parents Inc., along with certain individual co-plaintiffs, filed a statement of claim in the Manitoba Court of Queen's Bench, requesting relief pursuant to s. 23 of the *Charter*. The appellant eventually agreed to proceed by way of a reference.

Le 26 septembre 1986, l'appelante, la Fédération provinciale des comités de parents Inc., et certains codemandeurs, ont déposé une déclaration devant la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, demandant une réparation conformément à l'art. 23 de la *Charte*. Par la suite, l'appelante a accepté de procéder par renvoi.

By Order in Council dated January 20, 1988, the Lieutenant Governor in Council of Manitoba referred three questions to the Manitoba Court of Appeal concerning the constitutional validity of ss. 79(3), 79(4) and 79(7) of *The Public Schools Act* in light of ss. 15 and 23 of the *Charter*:

Par décret en date du 20 janvier 1988, le lieutenant-gouverneur en conseil du Manitoba a soumis par renvoi trois questions ayant trait à la validité constitutionnelle des par. 79(3), 79(4) et 79(7) de la *Loi sur les écoles publiques* par rapport aux art. 15 et 23 de la *Charte*:

(a) (i) Does the combined effect of section 79(3) and 79(4) and 79(7) of *The Public Schools Act* meet Manitoba's Constitutional obligations pursuant to section 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, insofar as the number of students entitled to instruction in the minority language is concerned?

a) (i) La portée globale des paragraphes 79(3), 79(4) et 79(7) de la *Loi sur les écoles publiques* permet-elle au Manitoba, en ce qui concerne le nombre d'enfants qui ont le droit de recevoir leur instruction dans la langue de la minorité, de remplir les obligations constitutionnelles prévues à l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

(ii) If the combined effect of those subsections do not meet these obligations,

(ii) Dans la négative:

(aa) may the legislature specify any number as either a minimum number or guideline for the provision of French language instruction; or

(aa) la Législature peut-elle fixer, à titre de norme obligatoire ou de directive, un nombre minimum d'élèves à atteindre pour donner droit à l'instruction en français?

(bb) may the legislature delegate the determination of a minimum number or whether numbers warrant the provision of instruction, to a school board, minister or other body?

(bb) la Législature peut-elle confier à une commission scolaire, au ministre ou à un autre organisme la tâche de fixer le nombre minimum d'élèves ou de décider si le nombre d'élèves est suffisant pour justifier la prestation de l'instruction en français?

- (b) What does the right to have one's children receive instruction "in minority language educational facilities" guaranteed by section 23(3)(b) of the *Charter* mean? In particular, does it include the right to have one's children receive instruction in a distinct physical setting? a
- (c) (i) Do section 23 and section 15 of the *Charter* grant any right of management or control in connection with section 23's guarantees of French language instruction and facilities? b
- (ii) If so, do the provisions in Part I, II, and III of *The Public Schools Act* concerning the formation of school divisions and districts, the election of school boards, and the powers and duties of school boards meet Manitoba's constitutional obligations with reference to such a right of management or control? If not, in what essential elements do the provisions fail to do so? c
- b) En quoi consiste le droit de faire instruire ses enfants «dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique» garanti par l'alinéa 23(3)b de la *Charte*? Ce droit comprend-il plus particulièrement le droit de faire instruire ses enfants dans des lieux physiques distincts? a
- (c) (i) Les articles 23 et 15 de la *Charte* accordent-ils un droit de gestion ou de contrôle se rattachant aux droits prévus à l'article 23 concernant l'instruction en langue française et les établissements d'enseignement de la minorité linguistique? b
- (ii) Dans l'affirmative, les dispositions des parties I, II et III de la *Loi sur les écoles publiques* concernant l'établissement des divisions et des districts scolaires, l'élection des membres des commissions scolaires et les attributions des commissions scolaires permettent-elles au Manitoba de remplir ses obligations en ce qui a trait à un tel droit de gestion ou de contrôle? Si ces dispositions ne permettent pas au Manitoba de remplir ses obligations constitutionnelles à cet égard, quels sont les éléments essentiels qui leur manquent? c

On February 6, 1990, the Manitoba Court of Appeal rendered its decision on the reference: 64 Man. R. (2d) 1, 67 D.L.R. (4th) 488, [1990] 2 W.W.R. 289 (hereinafter cited to Man. R.). A majority of four judges of the court found that constitutional minority rights include the right to a distinct setting for the provision of minority language education. Monnin C.J. took the position that s. 23 of the *Charter* did not confer any right of management and control on the linguistic minority, but that s. 15 of the *Charter* did do so. The four other justices held that neither s. 23 nor s. 15 conferred such a right. e

On February 21, 1990, the appellant Fédération provinciale des comités de parents Inc. filed its notice of appeal in this Court, appealing the decision of the Manitoba Court of Appeal on questions (b) and (c) of the reference. h

On March 15, 1990, this Court (in a unanimous judgment by Dickson C.J., for Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.) released its judgment in *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342. The Court decided in *Mahe* that s. 23 of the *Charter* does confer upon minority language j

Le 6 février 1990, la Cour d'appel du Manitoba a rendu sa décision sur le renvoi: 64 Man. R. (2d) 1, 67 D.L.R. (4th) 488, [1990] 2 W.W.R. 289 (ci-après cité aux Man. R.). Quatre des cinq juges de la cour ont conclu que les droits constitutionnels de la minorité comprennent le droit à des lieux distincts pour l'instruction dans la langue de la minorité. Le juge en chef Monnin a exprimé l'avis que l'art. 23 de la *Charte* ne confère aucun droit de gestion et de contrôle à la minorité linguistique, mais que l'art. 15 le fait. Les quatre autres juges ont conclu que ni l'art. 23 ni l'art. 15 ne confèrent ce droit. e

Le 21 février 1990, la Fédération provinciale des comités de parents Inc. déposait un avis d'appel devant notre Cour contre la décision de la Cour d'appel du Manitoba concernant les questions b) et c) du renvoi. h

Le 15 mars 1990, notre Cour (dans un arrêt unanime prononcé par le juge en chef Dickson, au nom des juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory) a rendu l'arrêt *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342. Dans cet arrêt, notre Cour a décidé que l'art. 23 de la *Charte*

parents a right to management and control over the educational facilities in which their children are taught.

confère aux parents appartenant à un groupe linguistique minoritaire un droit de gestion et de contrôle à l'égard des établissements d'enseignement que fréquentent leurs enfants.

### The Relevant Statutory Provisions

### Les dispositions législatives

*The Public Schools Act*, R.S.M. 1987, c. P250

*Loi sur les écoles publiques*, L.R.M. 1987, ch. P250

**79(3)** Where in any school division or school district, there are 23 or more pupils who may be grouped in a class for instruction and whose parents desire them to be instructed in a class in which English or French is used as the language of instruction, the school board shall group those pupils, and upon petition of the parents of those pupils requesting the use of English or French, as the case may be, as the language of instruction in respect of those pupils, the school board shall group those pupils in a class for instruction and provide for the use of English or French, as the case may be, as the language of instruction in the class.

**79(3)** Lorsque dans une division ou un district scolaire, il y a 23 élèves ou plus qui peuvent être regroupés dans une classe et dont les parents veulent qu'ils reçoivent l'enseignement dans une classe où l'anglais ou le français est utilisé comme langue d'enseignement, la commission scolaire doit regrouper ces élèves. Sur requête des parents de ces élèves demandant l'usage de l'anglais ou du français, selon le cas, comme langue d'enseignement, la commission scolaire doit regrouper ces élèves dans une classe pour l'enseignement et pourvoir à l'usage de l'anglais ou du français, selon le cas, comme langue d'enseignement dans cette classe.

**79(4)** Where the number of pupils concerned is less than the numbers mentioned in subsection (3) as requirements for the application of that subsection, the minister may require the school board to make arrangements for the use of English or French as the language of instruction in any class.

**79(4)** Lorsque le nombre d'élèves impliqués est inférieur au minimum prévu par le paragraphe (3) pour que celui-ci s'applique, le ministre peut demander à la commission scolaire de prendre des mesures pour que l'anglais ou le français soit utilisé comme langue d'enseignement dans une classe.

**79(7)** A school board may enter into an agreement with another school board for providing jointly classes in which the language used for instruction is English or French, as the case may be, and the pupils in those classes may be included in the numbers required to meet the requirements of any provision of this section or the regulations.

**79(7)** Une commission scolaire peut conclure une entente avec une autre commission scolaire pour fournir conjointement des classes où la langue utilisée pour l'enseignement est l'anglais ou le français, selon le cas, et les élèves de ces classes peuvent être compris dans le nombre requis pour rencontrer les exigences d'une disposition du présent article ou des règlements.

### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

### *Charte canadienne des droits et libertés*

**15. (1)** Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

**15. (1)** La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race,

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou



national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

**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) 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,

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

Constitutional Questions

On June 23, 1992, Gonthier J. made an order stating the constitutional questions, comprising questions (b) and (c) of the original reference:

1. What does the right to have one's children receive instruction "in minority language educational facilities" guaranteed by s. 23(3)(b) of the *Charter* mean? In particular, does it include the right to have one's children receive instruction in a distinct physical setting?

**23. (1) Les citoyens canadiens:**

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

b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,

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

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

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

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

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

h Les questions constitutionnelles

Le 23 juin 1992, le juge Gonthier rendait une ordonnance énonçant les questions constitutionnelles qui correspondent aux questions b) et c) du renvoi initial:

1. En quoi consiste le droit de faire instruire ses enfants «dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique» garanti par l'al. 23(3)b) de la *Charte*? Ce droit comprend-il plus particulièrement le droit de faire instruire ses enfants dans des lieux physiques distincts?

2. (i) Do s. 23 and s. 15 of the *Charter* grant any right of management or control in connection with s. 23's guarantees of French language instruction and facilities?

(ii) If so, do the provisions in Part I, II and III of *The Public Schools Act* concerning the formation of school divisions and districts, the election of school boards, and the powers and duties of school boards meet Manitoba's constitutional obligations with reference to such a right of management or control? If not, in what essential elements do the provisions fail to do so?

### Mootness

The respondent advanced the argument before the Court that it should refuse to answer the constitutional questions as stated, both because the issues they address have, to a large extent, been resolved by the *Mahe* decision, and due to the insufficient factual underpinning with which to resolve the issues not directly addressed by *Mahe*.

In *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, this Court held that when a previous judgment strikes down the legislative basis for an appeal, it may become moot. Further, in the *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445, the Court held that it may refuse to answer constitutional questions if they are outside the scope of the reference.

A court's exercise in interpreting legislation, however, differs from striking down legislation; the Manitoba *Public Schools Act* has not been struck down, and the decision in *Mahe* does not determine how the rights guaranteed under s. 23 of the *Charter* must be interpreted in Manitoba. The constitutional questions as stated remain within the scope of the original reference, and, further, the decision of the Manitoba Court of Appeal in this case, handed down before *Mahe*, remains in conflict with this Court's decision in that case.

2. (i) Les articles 23 et 15 de la *Charte* accordent-ils un droit de gestion ou de contrôle se rattachant aux droits prévus à l'art. 23 concernant l'instruction en langue française et les établissements d'enseignement de la minorité linguistique?

(ii) Dans l'affirmative, les dispositions des parties I, II et III de la *Loi sur les écoles publiques* concernant l'établissement des divisions et des districts scolaires, l'élection des membres des commissions scolaires et les attributions des commissions scolaires permettent-elles au Manitoba de remplir ses obligations en ce qui a trait à un tel droit de gestion ou de contrôle? Si ces dispositions ne permettent pas au Manitoba de remplir ses obligations constitutionnelles à cet égard, quels sont les éléments essentiels qui leur manquent?

### Caractère théorique de la question

L'intimé a soutenu que notre Cour devrait refuser de répondre aux questions constitutionnelles dans leur formulation actuelle parce que les points qu'elles soulèvent ont en grande partie été tranchés par l'arrêt *Mahe* et que les faits à l'appui ne sont pas suffisants pour résoudre les points qui n'ont pas été directement examinés dans *Mahe*.

Dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, notre Cour a statué que, dans le cas où un tribunal annule le fondement législatif d'un appel, celui-ci peut devenir théorique. Par ailleurs, dans le *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445, notre Cour a affirmé pouvoir refuser de répondre à des questions constitutionnelles qui sortent du cadre visé par le renvoi.

Toutefois, l'interprétation judiciaire d'une loi diffère de l'annulation d'une loi; la *Loi sur les écoles publiques* du Manitoba n'a pas été annulée et l'arrêt *Mahe* n'établit pas comment les droits garantis par l'art. 23 de la *Charte* doivent être interprétés au Manitoba. Les questions constitutionnelles telles que formulées demeurent dans le cadre visé par le renvoi initial et, de plus, la décision de la Cour d'appel du Manitoba en l'espèce, rendue avant l'arrêt *Mahe* de notre Cour, est en contradiction avec ce dernier.

Jurisprudence on Section 23

Having decided to proceed and answer the constitutional questions, the resolution of the questions stated in this reference requires solutions that are both consistent with the requirements and purpose of the statute and a logical outgrowth of the jurisprudence in *Mahe*. *Mahe* suggests the general contours of the approach that this Court has determined is appropriate to the interpretation of s. 23; in order to answer this reference, it is necessary to specify more precisely the content of those rights in the province of Manitoba.

1. *Mahe*

This Court has laid out the following general framework for the interpretation of s. 23 in *Mahe*. The Court stated that the general purpose of s. 23 of the *Charter* is to preserve and promote the two official languages of Canada, and their respective cultures, by ensuring that each language flourishes, as far as possible, in provinces where it is not spoken by the majority of the inhabitants. The rationale expressed for the specific guarantees of educational rights founded on language links the preservation of a culture with the presence of minority language schools (at p. 362) *per* Dickson C.J., for the Court:

My reference to cultures is significant: it is based on the fact that any broad guarantee of language rights, especially in the context of education, cannot be separated from a concern for the culture associated with the language.

Dickson C.J. also made reference to the additional benefits that flow from the provision of minority schools (at p. 363):

In addition, it is worth noting that minority schools themselves provide community centres where the promotion and preservation of minority language culture can occur; they provide needed locations where the minority community can meet and facilities which they can use to express their culture.

The method chosen to advance this goal in s. 23 is to confer upon minority language parents the

La jurisprudence concernant l'art. 23

Puisque nous avons décidé de répondre aux questions constitutionnelles, la réponse aux questions formulées dans ce renvoi requiert des solutions qui soient à la fois compatibles avec les exigences et l'objet de la loi et une suite logique de l'arrêt *Mahe*. Cet arrêt présente la démarche générale que notre Cour estime applicable à l'interprétation de l'art. 23; pour répondre au présent renvoi, nous devons préciser davantage le contenu de ces droits dans la province du Manitoba.

1. *L'arrêt Mahe*

Notre Cour a formulé dans l'arrêt *Mahe* la méthode générale d'interprétation de l'art. 23. La Cour a précisé que l'objet général de l'art. 23 de la *Charte* est de maintenir les deux langues officielles du Canada et les cultures qu'elles représentent, et de favoriser l'épanouissement de chacune de ces langues, dans la mesure du possible, dans les provinces où elle n'est pas parlée par la majorité. La raison d'être des garanties spécifiques de droits fondés sur la langue dans le domaine de l'éducation lie la préservation d'une culture à l'existence d'écoles pour la minorité linguistique, comme l'affirme le juge en chef Dickson, au nom de la Cour, à la p. 362:

Mon allusion à la culture est importante, car il est de fait que toute garantie générale de droits linguistiques, surtout dans le domaine de l'éducation, est indissociable d'une préoccupation à l'égard de la culture véhiculée par la langue en question.

Le juge en chef Dickson a également parlé des avantages additionnels qui découlent de l'établissement d'écoles de la minorité (à la p. 363):

Il convient de faire remarquer en outre que les écoles de la minorité servent elles-mêmes de centres communautaires qui peuvent favoriser l'épanouissement de la culture de la minorité linguistique et assurer sa préservation. Ce sont des lieux de rencontre dont les membres de la minorité ont besoin, des locaux où ils peuvent donner expression à leur culture.

Pour atteindre cet objectif, l'art. 23 confère aux parents appartenant à un groupe linguistique mino-

right to have their children educated in their maternal language, French or English, as the case may be. The legislative structure sets out a general right to all such parents in ss. 23(1) and 23(2), qualified by s. 23(3). As the Court held (at p. 365):

... the right to instruction is only guaranteed where the "number of children" warrants, while para. (b) further qualifies the general right to instruction by adding that where numbers warrant it includes a right to "minority language educational facilities". In my view, subs. (3)(b) is included in order to indicate the upper range of possible institutional requirements which may be mandated by s. 23. ...

The result is a "sliding scale" of requirements, depending on the number of students to be served. That is to say, what is required in any case will depend on what the numbers warrant; the relevant figure for the purposes of determining "what the numbers warrant" is the number of persons who can eventually be expected to take advantage of a given programme or facility. The factors to be considered in determining what s. 23 demands in a particular situation are (a) the pedagogical services which are appropriate for the number of students involved and (b) the cost of the contemplated services. However, as mentioned in *Mahe* (at p. 385): "the remedial nature of s. 23 suggests that pedagogical considerations will have more weight than financial requirements in determining whether numbers warrant".

## 2. General Interpretative Principles

Several interpretative guidelines are endorsed in *Mahe* for the purposes of defining s. 23 rights. Firstly, courts should take a purposive approach to interpreting the rights. Therefore, in accordance with the purpose of the right as defined in *Mahe*, the answers to the questions should ideally be guided by that which will most effectively encourage the flourishing and preservation of the French-language minority in the province. Secondly, the right should be construed remedially, in recognition of previous injustices that have gone unredressed and which have required the entrenchment of protection for minority language rights. As

ritaire le droit de faire instruire leurs enfants dans leur langue maternelle, en français ou en anglais, selon le cas. Les paragraphes 23(1) et (2) accordent un droit général aux parents dans cette situation et le par. 23(3) y apporte des précisions. Comme l'affirme notre Cour (à la p. 365):

... le droit à l'instruction n'est garanti que lorsque le «nombre des enfants» le justifie, tandis que l'al. b) précise davantage le droit général à l'instruction en édictant que, si le nombre le justifie, ce droit comprend le droit à des «établissements d'enseignement de la minorité linguistique». À mon avis, l'al. (3)b) a été inclus à titre d'indication de la gamme supérieure d'exigences institutionnelles que peut imposer l'art. 23 ...

Il en résulte des exigences «variables» selon le nombre d'élèves à desservir. Autrement dit, ce qui est requis dans chaque cas dépend de ce que le «nombre justifie». À cette fin, le chiffre pertinent est le nombre de personnes qui se prévaudront finalement du programme ou de l'établissement envisagés. Deux facteurs doivent être pris en considération pour déterminer les exigences de l'art. 23 dans une situation particulière: a) les services pédagogiques appropriés, compte tenu du nombre d'élèves visés, et b) le coût des services envisagés. Toutefois, selon l'arrêt *Mahe* (à la p. 385): «le caractère réparateur de l'art. 23 laisse entendre que les considérations pédagogiques pèseront plus lourd que les exigences financières quand il s'agira de déterminer si le nombre d'élèves justifie la prestation des services concernés».

## 2. Les principes généraux d'interprétation

L'arrêt *Mahe* entérine plusieurs principes d'interprétation aux fins de définir les droits garantis par l'art. 23. Premièrement, les tribunaux devraient adopter une analyse fondée sur l'objet lorsqu'ils interprètent les droits. En conséquence, conformément à l'objet du droit défini dans l'arrêt *Mahe*, les réponses aux questions devraient idéalement être formulées en fonction de ce qui favorisera le mieux l'épanouissement et la préservation de la minorité linguistique francophone dans la province. Deuxièmement, le droit conféré devrait être interprété d'une façon réparatrice, compte tenu des injustices passées qui n'ont pas été redressées et

M. A. Green observed in "The Continuing Saga of Litigation: Minority Language Instruction" (1990-91), 3 *Education & Law Journal* 204, at pp. 211-12:

The Court conceded that the majority cannot be expected to understand and appreciate all of the diverse ways in which educational practices may influence the language and culture of the minority, and thus if section 23 is to remedy past injustices and ensure that they are not repeated in the future, it is important that the minority have a measure of control over both facilities and instruction.

In passing, one should note, as this Court held in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 777-78, that the focus on the historical context of language and culture indicates that different interpretative approaches may well have to be taken in different jurisdictions, sensitive to the unique blend of linguistic dynamics that have developed in each province.

Another principle that is very important to bear in mind in the resolution of the questions is the fact that language rights are of a fundamentally different nature than the other rights protected by the *Charter*. Beetz J., speaking for a majority of the Court, made the following observation in *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549 (at p. 578):

Unlike language rights which are based on political compromise, legal rights tend to be seminal in nature because they are rooted in principle. Some of them, such as the one expressed in s. 7 of the *Charter*, are so broad as to call for frequent judicial determination.

Language rights, on the other hand, although some of them have been enlarged and incorporated into the *Charter*, remain nonetheless founded on political compromise.

This essential difference between the two types of rights dictates a distinct judicial approach with respect to each. More particularly, the courts should pause

qui ont nécessité l'enchâssement de la protection des droits linguistiques de la minorité. Comme le fait observer M. A. Green, dans «The Continuing Saga of Litigation: Minority Language Instruction» (1990-91), 3 *Education & Law Journal* 204, aux pp. 211 et 212:

[TRADUCTION] La Cour a admis que l'on ne peut attendre de la majorité qu'elle comprenne et évalue les diverses façons dont les méthodes d'instruction peuvent influencer sur la langue et la culture de la minorité, et par conséquent, si l'article 23 doit redresser les injustices du passé et garantir qu'elles ne se répètent pas dans l'avenir, il importe que les minorités aient une certaine mesure de contrôle sur les établissements d'enseignement et l'instruction.

Il faut noter en passant, comme l'a indiqué notre Cour dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, aux pp. 777 et 778, que l'accent mis sur le contexte historique de la langue et de la culture indique qu'il peut bien être nécessaire d'adopter des méthodes d'interprétation différentes dans divers ressorts qui tiennent compte de la dynamique linguistique particulière à chaque province.

Un autre principe important dont il faut se rappeler pour répondre aux questions tient à ce que les droits linguistiques sont fondamentalement différents des autres droits garantis par la *Charte*. Le juge Beetz, au nom de la majorité de notre Cour, a fait le commentaire suivant dans l'arrêt *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549 (à la p. 578):

À la différence des droits linguistiques qui sont fondés sur un compromis politique, les garanties juridiques tendent à être de nature plus féconde parce qu'elles se fondent sur des principes. Certaines d'entre elles, par exemple celle énoncée à l'art. 7 de la *Charte*, sont formulées de manière si large que les tribunaux seront souvent appelés à les interpréter.

D'autre part, même si certains d'entre eux ont été élargis et incorporés dans la *Charte*, les droits linguistiques ne reposent pas moins sur un compromis politique.

Cette différence essentielle entre les deux types de droits impose aux tribunaux une façon distincte d'aborder chacun. Plus particulièrement, les tribunaux

before they decide to act as instruments of change with respect to language rights. This is not to say that language rights provisions are cast in stone and should remain immune altogether from judicial interpretation. But, in my opinion, the courts should approach them with more restraint than they would in construing legal rights.

The constitutional history of this conceptual distinction can be traced through the jurisprudence on language rights to the following statement by Wilson J. in *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, at p. 1176, that "it must still be open to the Court to breathe life into a compromise that is clearly expressed". The Court in *Mahe*, at p. 365, accepted the distinction between language and other legal rights and noted the difference in origin and form of the two rights, holding that while positive obligations were placed on governments to alter or develop major institutional structures, prudent interpretation of the section is wise.

Finally, before turning to the constitutional questions, it is also important to recall that, as the Court determined in *Mahe*, there is no right to a particular legislative scheme flowing from the *Charter*, but rather a right to a type of educational system (at p. 392).

#### Question (b)

What does the right to have one's children receive instruction "in minority language educational facilities" guaranteed by section 23(3)(b) of the *Charter* mean? In particular, does it include the right to have one's children receive instruction in a distinct physical setting?

The Court held in *Mahe* that the number of students in the Edmonton area justified, on both the pedagogical and financial criteria, the creation of an independent school, as well as the development of a continuing course of primary and secondary education.

devraient hésiter à servir d'instruments de changement dans le domaine des droits linguistiques. Cela ne veut pas dire que les dispositions relatives aux droits linguistiques sont immuables et qu'elles doivent échapper à toute interprétation par les tribunaux. Je crois cependant que les tribunaux doivent les aborder avec plus de retenue qu'ils ne le feraient en interprétant des garanties juridiques.

Dans la jurisprudence en matière de droits linguistiques, l'historique constitutionnel de cette distinction conceptuelle se poursuit dans la remarque suivante du juge Wilson dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, à la p. 1176: «il doit tout de même être loisible à la Cour d'insuffler la vie à un compromis clairement exprimé». Dans *Mahe*, à la p. 365, notre Cour accepte la distinction entre les droits linguistiques et les autres garanties juridiques et souligne leur différence d'origine et de forme affirmant que, si sont imposées au gouvernement des obligations positives de changer ou de créer d'importantes structures institutionnelles, il y a lieu d'être prudent dans l'interprétation de l'article.

Enfin, avant d'aborder les questions constitutionnelles, il faut également rappeler que notre Cour a établi dans l'arrêt *Mahe* que la *Charte* ne confère pas un droit à un régime législatif particulier, mais un droit à un certain type de système d'éducation (à la p. 392).

#### Question b)

En quoi consiste le droit de faire instruire ses enfants «dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique» garanti par l'alinéa 23(3)b de la *Charte*? Ce droit comprend-il plus particulièrement le droit de faire instruire ses enfants dans des lieux physiques distincts?

Notre Cour a statué dans l'arrêt *Mahe* qu'il y avait dans la région d'Edmonton un nombre suffisant d'élèves pour justifier, aussi bien sur le plan pédagogique que sur le plan financier, la création d'une école indépendante, ainsi que la fourniture d'un programme permanent d'instruction aux niveaux primaire et secondaire.

The most significant statement by the Court in *Mahe* for the purposes of determining if there is a right to a distinct physical structure is that the term “facilities” should not be interpreted as a reference to physical structures alone. The relevant passage is the following (at pp. 369-70):

In my view, the words of s. 23(3)(b) are consistent with and supportive of the conclusion that s. 23 mandates, where the numbers warrant, a measure of management and control. Consider, first, the words of subs. (3)(b) in the context of the entire section. Instruction must take place somewhere and accordingly the right to “instruction” includes an implicit right to be instructed in facilities. If the term “minority language educational facilities” is not viewed as encompassing a degree of management and control, then there would not appear to be any purpose in including it in s. 23. This common sense conclusion militates against interpreting “facilities” as a reference to physical structures. Indeed, once the sliding scale approach is accepted it becomes unnecessary to focus too intently upon the word “facilities”. Rather, the text of s. 23 supports viewing the entire term “minority language educational facilities” as setting out an upper level of management and control. [Emphasis added.]

The statement that it is unnecessary to focus on facilities suggests that any entitlement to facilities is a subsidiary matter, flowing from the level of management and control mandated on a particular set of facts. It was accepted that the delivery of educational services would vary with the circumstances (*Mahe*, at p. 367). The rationale behind the “sliding scale” approach to s. 23 is that it “guarantees whatever type and level of rights and services is appropriate” to the number of students involved (at p. 366). In the context of its discussion of “management and control”, the Court held that where the numbers do not warrant granting the maximum degree of management control and thus the creation of a separate school board, among other things (at p. 377):

(3) The minority language representatives [on majority dominated school boards] should have exclusive authority to make decisions relating to the minority language instruction and facilities, including:

En ce qui concerne l’existence d’un droit à des lieux physiques distincts, l’énoncé le plus important dans l’arrêt *Mahe* est qu’il ne faut pas, dans l’interprétation du terme «établissement», considérer qu’il s’agit seulement de bâtiments. Voici le passage en question (aux pp. 369 et 370):

À mon avis, le texte de l’al. 23(3)(b) est compatible avec la conclusion que l’art. 23 accorde, lorsque le nombre le justifie, une certaine mesure de gestion et de contrôle, et il étaye cette conclusion. Prenons d’abord l’al. (3)(b) dans le contexte de l’article au complet. L’instruction doit avoir lieu quelque part et il s’ensuit que le droit à «l’instruction» comprend un droit implicite d’être instruit dans des établissements. Si l’expression «établissements d’enseignement de la minorité linguistique» n’est pas considérée comme englobant un certain degré de gestion et de contrôle, son inclusion dans l’art. 23 est dès lors sans objet. Cette conclusion que dicte le bon sens milite contre une interprétation selon laquelle le mot «établissements» désigne des bâtiments. En fait, dès lors que l’on accepte la méthode du critère variable, il n’est plus nécessaire de trop centrer l’attention sur le mot «établissements». Le texte de l’art. 23 justifie plutôt de considérer que l’ensemble de l’expression «établissements d’enseignement de la minorité linguistique» fixe un niveau supérieur de gestion et de contrôle. [Je souligne.]

L’affirmation selon laquelle il n’est pas nécessaire de centrer l’attention sur le mot «établissements» indique que le droit à des établissements est une question accessoire découlant du degré de gestion et de contrôle exigé dans une situation donnée. Il est accepté que la prestation de services d’enseignement varierait en fonction des circonstances (arrêt *Mahe*, à la p. 367). L’utilité d’un «critère variable» applicable à l’art. 23 tient à ce qu’il «garantit le type et le niveau de droits et de services qui sont appropriés» pour le nombre d’élèves en cause (à la p. 366). Dans le contexte de son analyse de la «gestion et du contrôle», notre Cour a conclu que lorsque les chiffres ne justifient pas le niveau maximum de gestion et de contrôle, et donc la création d’un conseil scolaire distinct, (à la p. 377):

(3) Les représentants de la minorité linguistique [au sein de conseils scolaires où la majorité prédomine] devraient avoir le pouvoir exclusif de prendre des décisions concernant l’instruction dans sa langue et les établissements où elle est dispensée, notamment: