

L'application de la *Charte de la langue française* à l'enseignement collégial : étude de la validité d'une idée de réforme latente à la lumière de développements récents en droits de la personne

Éric Poirier and Guillaume Rousseau

Volume 45, Number 2, 2015

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1035296ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1035296ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Poirier, É. & Rousseau, G. (2015). L'application de la *Charte de la langue française* à l'enseignement collégial : étude de la validité d'une idée de réforme latente à la lumière de développements récents en droits de la personne. *Revue générale de droit*, 45(2), 361–402. <https://doi.org/10.7202/1035296ar>

Article abstract

Periodically, the idea of applying provisions from the *Charter of the French Language* to CÉGEP (college-level studies) resurfaces in Quebec. On each occasion, experts from different disciplines take a stand on its appropriateness. This article contributes to the debate by addressing many of the relevant legal issues it raises. After circumscribing the discussion by illustrating the legislative changes that such a project would require, the authors find, taking into consideration recent developments in human rights law, that such changes would likely be compliant with Canadian constitutional law.

ARTICLES

L'application de la *Charte de la langue française* à l'enseignement collégial : étude de la validité d'une idée de réforme latente à la lumière de développements récents en droits de la personne*

ÉRIC POIRIER** ET GUILLAUME ROUSSEAU***

RÉSUMÉ

Périodiquement, l'idée d'appliquer à l'enseignement collégial les dispositions de la Charte de la langue française refait surface dans l'actualité québécoise. À chaque occasion, des experts de différentes disciplines se prononcent sur son opportunité. Le présent article se veut une contribution au débat en approfondissant plusieurs des questions juridiques pertinentes qu'il suscite. Après avoir circonscrit le débat en illustrant les changements législatifs qu'un tel projet commanderait, les auteurs constatent, à la lumière de récents développements en matière de droit de la personne, qu'il serait vraisemblablement conforme au droit constitutionnel canadien.

MOTS-CLÉS :

Langue d'enseignement, Charte de la langue française (loi 101), langue officielle, droits et libertés, protection des minorités, droit à la liberté, droit à l'égalité.

ABSTRACT

Periodically, the idea of applying provisions from the Charter of the French Language to CÉGEP (college-level studies) resurfaces in Quebec. On each occasion, experts from different disciplines take a stand on its appropriateness. This article

* Les auteurs tiennent à remercier le professeur Daniel Proulx, de même que les deux évaluateurs anonymes sollicités par la *Revue générale de droit*, pour leurs commentaires sur une version antérieure du présent article. Les auteurs demeurent toutefois seuls responsables des propos du présent article et de toute erreur qui aurait pu s'y glisser.

** L'auteur est avocat, doctorant en droit à l'Université de Sherbrooke et détenteur d'une bourse du Fonds de recherche du Québec – Société et culture. Il siège également au Conseil supérieur de la langue française, mais c'est à titre personnel qu'il corédige le présent article.

*** Avocat et professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

contributes to the debate by addressing many of the relevant legal issues it raises. After circumscribing the discussion by illustrating the legislative changes that such a project would require, the authors find, taking into consideration recent developments in human rights law, that such changes would likely be compliant with Canadian constitutional law.

KEY-WORDS:

Language of instruction, Charter of the French Language (Bill 101), official language, rights and freedoms, protection of minorities, right to freedom, right to equality.

SOMMAIRE

Introduction.....	363
Partie préliminaire : une nouvelle disposition législative pour encadrer la langue d'enseignement au niveau collégial.....	366
I. La validité constitutionnelle eu égard aux principes de protection des minorités provinciales de langues officielles.....	370
A. Le droit constitutionnel à l'enseignement primaire et secondaire en anglais et le niveau collégial.....	370
B. Le principe constitutionnel sous-jacent de la protection des droits des minorités et la minorité anglo-québécoise.....	376
II. La validité constitutionnelle eu égard à des droits et libertés classiques ayant une incidence sur l'utilisation des langues.....	384
A. Le droit à la liberté et l'hypothèse d'une obligation pour l'État de soutenir financièrement le libre choix de la langue d'enseignement.....	385
B. La validité constitutionnelle de la disposition eu égard au droit à l'égalité.....	389
1. Le droit à l'égalité et les droits linguistiques.....	389
2. La disposition et la discrimination au sens où l'entend la <i>Charte canadienne</i>	393
3. La disposition et l'exercice des droits et libertés prévus dans la <i>Charte québécoise</i>	399
Conclusion.....	401

INTRODUCTION

Depuis son adoption en 1977, la *Charte de la langue française*¹ (CLF) poursuit l'objectif de faire du français la langue normale et habituelle de l'enseignement². Elle le fait tout en garantissant l'enseignement primaire et secondaire en anglais. À l'heure actuelle, cette garantie vise principalement deux catégories d'ayants droit. Premièrement, peuvent recevoir l'enseignement en anglais les enfants dont le père ou la mère a reçu un enseignement primaire en anglais au Canada, donc y compris au Québec³. Il s'agit de la garantie rattachée à la langue d'instruction des parents. Deuxièmement, peuvent recevoir l'enseignement en anglais les enfants qui ont reçu ou reçoivent un enseignement primaire ou secondaire en anglais au Canada, donc y compris au Québec, de même que leurs frères et sœurs⁴. Il s'agit de la garantie visant la continuité d'emploi de la langue d'instruction. Ce modèle, où seul l'enseignement primaire et secondaire est encadré, consacre *a contrario* le libre choix de la langue d'enseignement au niveau collégial, soit dans les collèges d'enseignement général et professionnel (cégeps).

Depuis plus d'une décennie, cette consécration du libre choix de la langue d'enseignement au cégep alimente les débats⁵. Pour certains, la « normalisation » des études collégiales exige l'application aux cégeps des règles déjà prévues pour le parcours scolaire normal, soit sauf exception l'enseignement en français⁶. Pour d'autres, ce sont les

1. RLRQ c C-11 [CLF].

2. *Ibid*, préambule, art 72.

3. À condition que le père ou la mère soit citoyen canadien et que l'enseignement primaire reçu en anglais au Canada constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu au Canada (*ibid*, arts 73(1), 73.1).

4. À condition que le père ou la mère soit citoyen canadien et que l'enseignement primaire ou secondaire reçu en anglais au Canada constitue la majeure partie de l'enseignement primaire ou secondaire reçu au Canada (*ibid*, arts 73(2), 73.1).

5. Voir par exemple Daniel Baril, « Étendre la loi 101 jusqu'au cégep? Les spécialistes sont divisés », en ligne : (2001) 35 Forum 19 <www.forum.umontreal.ca/numeros/2000_2001/forum_01_02_05/article05.html>; Jean-Pierre Proulx, « Loi 101 : Doit-on étendre aux cégeps les règles de l'admissibilité à l'enseignement en anglais? » *Le Devoir* (21 mars 2000), en ligne : [Vigile <www.vigile.net/archives/00-3/cegep.html>](http://www.vigile.net/archives/00-3/cegep.html).

6. En 1975-1976, à peine plus de 40 % des Québécois poursuivaient des études collégiales et seulement 20 % de la population décrochait un diplôme d'études collégiales. En 2006-2007, c'est quelque 60 % des Québécois qui poursuivent des études collégiales et environ 40 % de la population qui décroche un diplôme (Pierre Curzi, « L'application de la Charte de la langue française au collégial : un prolongement nécessaire », (hiver 2011) aux pp 44-45, en ligne : [Pierrecurzi.org <archive.pierrecurzi.org/wp-content/uploads/2012/03/Un-prolongement-necessaire-Etude-Version-finale2.pdf>](http://archive.pierrecurzi.org/wp-content/uploads/2012/03/Un-prolongement-necessaire-Etude-Version-finale2.pdf)).

statistiques relatives à la fréquentation des cégeps de langue française et anglaise par les différents groupes linguistiques qui appellent cette application⁷. À l'opposé, les défenseurs du *statu quo* soulignent l'importance de préserver les libertés individuelles⁸, ou encore soulèvent l'existence dans le contexte du libre choix d'une tendance à la hausse de la proportion des allophones qui choisissent le cégep de langue française⁹.

En 2012, la préoccupation pour l'encadrement de la langue d'enseignement au cégep prend de nouvelles proportions. Le 27 mars, le projet de loi n° 593 proposant de faire du français la langue d'enseignement collégial est déposé à l'Assemblée nationale¹⁰. Le 12 août, en pleine campagne électorale, le Parti québécois, qui remportera l'élection et sera appelé à former un gouvernement minoritaire, s'engage à «appliquer la Charte de la langue française aux cégeps»¹¹. Le 5 décembre, le gouvernement du Québec dépose un projet de loi ouvrant la porte à un encadrement de la capacité d'accueil des cégeps de langue anglaise¹². Bien que ni l'un ni l'autre des projets n'ait été adopté, la proposition d'étendre aux cégeps «les dispositions de l'actuelle *Charte de la langue française* appliquées aux écoles» figure toujours dans le programme du Parti québécois, qui forme actuellement

7. Dans la mesure où environ la moitié des allophones (les personnes qui n'ont ni le français ni l'anglais comme langue maternelle) qui décident de poursuivre des études collégiales choisissent un cégep de langue anglaise (Hubert Forcier, «Recherche sur la fréquentation linguistique des cégeps» (janvier 2011) aux pp 44 et 84, en ligne: Lacsq.org <www.lacsq.org/documents/notes-et-rapports-de-recherche/>).

8. Martin Croteau, «"Langue étrangère": le commissaire aux langues officielles en désaccord avec Malavoy» (16 octobre 2012), en ligne: Lapresse.ca <www.lapresse.ca/actualites/politique/politique-canadienne/201210/16/01-4583954-langue-etrangere-le-commissaire-aux-langues-officielles-en-desaccord-avec-malavoy.php>.

9. Conseil supérieur de la langue française, *La langue d'enseignement au cégep: avis à la ministre responsable de l'application de la Charte de la langue française*, Québec, 2011 à la p 28; Conseil supérieur de la langue française, communiqué, «Données sur la langue d'enseignement au cégep: le Conseil supérieur de la langue française apporte des précisions» (5 juillet 2012), en ligne: Cslf.gouv.qc.ca <www.cslf.gouv.qc.ca/bibliotheque-virtuelle/communiques-de-presse/communiquede-presse/article/donnees-sur-la-langue-denseignement-au-cegep-le-conseil-superieur-de-la-langue-francaise-ap/?highlight=>>.

10. PL 593, *Charte québécoise de la langue française*, 2^e sess, 39^e lég, Québec, 2012, arts 93 et 95 (présentation du projet de loi le 27 mars 2012).

11. Lili Boisvert, «Parti québécois: 100 jours pour une nouvelle loi 101» (12 août 2012), en ligne: Radio-canada.ca <ici.radio-canada.ca/sujet/elections-quebec-2012/2012/08/12/003-pq-loi-101.shtml>.

12. PL 14, *Loi modifiant la Charte de la langue française, la Charte des droits et libertés de la personne et d'autres dispositions législatives*, 1^{re} sess, 40^e lég, Québec, 2012, art 33 (adoption du principe le 30 mai 2013).

l'opposition officielle à l'Assemblée nationale¹³. Cette proposition pourrait donc redevenir un enjeu de premier plan dans les années à venir. D'ailleurs, la question de la langue de l'enseignement supérieur a refait surface en 2014 avec des débats sur le statut de l'anglais dans les universités francophones¹⁴ et sur la place des anglophones dans les universités de langue anglaise¹⁵.

L'encadrement de la langue d'enseignement au niveau collégial soulève des questions d'ordre juridique, dont celle de sa constitutionnalité¹⁶. L'objet du présent article est de vérifier la validité d'une telle initiative au regard de certains des plus récents développements dans la jurisprudence canadienne et québécoise en matière de droits de la personne.

Avant d'en vérifier la validité, nous circonscrivons le débat. Dans cette partie préliminaire, nous décrivons les modifications qui doivent être apportées à la loi pour voir se concrétiser l'application au niveau collégial des principes de la *CLF* en matière de langue d'enseignement. La partie préliminaire expose une disposition législative susceptible d'avoir cet effet et celle-ci est par la suite au centre de notre étude lorsque nous abordons les questions d'ordre constitutionnel. Nous sommes d'avis que la mesure pourrait être accompagnée d'un pouvoir ministériel discrétionnaire permettant que soit admis à l'enseignement collégial en anglais, sous conditions et à la demande d'un cégep de langue anglaise, le nombre d'étudiants n'y ayant pas droit, que le ministre juge nécessaire pour que l'enseignement collégial en anglais demeure offert dans

13. Parti québécois, « Agir en toute liberté : programme du Parti québécois » (2011) à la p 8, en ligne : Pq.org <mon.pq.org/documents/programme2011.pdf>; Parti québécois, « Agir honnêtement, s'affirmer, s'enrichir et s'entraider » (2012) à la p 13, en ligne : Pq.org <mon.pq.org/documents/monpq_516f6a49d4ec3.pdf>.

14. Claude Simard et Claude Verreault, « Universités francophones ou universités bilingues? Tout se passe comme si les universitaires ne se sentaient plus interpellés par le statut du français dans leur institution. Une telle désaffection a de quoi inquiéter » (13 février 2014), en ligne : Ledevour.com <www.ledevour.com/societe/education/398883/universites-francophones-ou-universites-bilingues>.

15. Isabelle Maher, « Pas de favoritisme envers les étudiants anglophones à McGill » (7 mai 2014), en ligne : Le journal de Québec <www.journaldequebec.com/2014/05/07/pas-de-favoritisme-envers-les-etudiants-anglophones-dit-le-doyen-de-la-faculte-de-medecine-de-luniversite-mc-gill>.

16. En 2011, des membres du Conseil supérieur de la langue française faisaient valoir que « [t]out empiètement sur l'enseignement supérieur ouvrirait [...] la porte à une contestation judiciaire » (Denis Lessard, « Ce serait une erreur d'assujettir les cégeps à la loi 101, dit le CSLF » (24 mars 2011), en ligne : Lapresse.ca <www.lapresse.ca/actualites/politique/politique-quebecoise/201103/23/01-4382561-ce-serait-une-erreur-dassujettir-les-cegeps-a-la-loi-101-dit-le-cslf.php>). L'auteur Éric Poirier n'y siégeait pas à cette époque.

une région du Québec. Nous pensons aux cas où le nombre insuffisant d'étudiants admissibles à l'enseignement collégial en anglais compromettrait l'avenir d'une institution jugée essentielle à l'épanouissement d'une communauté de langue anglaise (essentiellement à l'extérieur de la région de Montréal). Le pouvoir discrétionnaire serait exercé conformément aux principes généraux de droit administratif, c'est-à-dire par exemple dans le respect des termes de la Constitution du Canada et des finalités assignées par le législateur québécois.

Dans la première partie du présent article, nous analysons la constitutionnalité de la disposition législative à la lumière des principes dont le but précis est de veiller à la protection des minorités provinciales de langues officielles, c'est-à-dire l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁷ (*Charte canadienne*) et le principe constitutionnel sous-jacent de la protection des droits des minorités. Dans la deuxième partie, nous analysons la constitutionnalité de la disposition législative eu égard à des droits et libertés classiques ayant une incidence sur l'utilisation des langues, soit le droit à la liberté et le droit à l'égalité garantis par la *Charte canadienne* et la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁸ (*Charte québécoise*). Nous concluons que l'encadrement du choix de la langue d'enseignement collégial tel que nous l'exposons dans la partie préliminaire serait vraisemblablement jugé constitutionnel.

PARTIE PRÉLIMINAIRE : UNE NOUVELLE DISPOSITION LÉGISLATIVE POUR ENCADRER LA LANGUE D'ENSEIGNEMENT AU NIVEAU COLLÉGIAL

L'analyse que nous proposons repose sur l'hypothèse que l'encadrement de la langue d'enseignement au collégial prendrait la forme exposée dans le programme du parti politique formant l'opposition officielle à l'Assemblée nationale, c'est-à-dire d'étendre aux cégeps « les dispositions de l'actuelle Charte de la langue française appliquées aux écoles » [notre soulignement]¹⁹. Une telle initiative nécessiterait évidemment que soit modifiée la règle générale en matière de langue

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

18. RLRQ c C-12 [*Charte québécoise*].

19. *Supra* note 13. Le projet de loi n° 593 proposait d'étendre aux cégeps les dispositions de la CLF en remplaçant la condition Canada prévue actuellement dans la loi par la condition

d'enseignement. L'actuel article 72 de la *CLF*, qui prévoit déjà que « [l']enseignement se donne en français dans les classes maternelles, dans les écoles primaires et secondaires », devrait donc désormais comprendre l'enseignement donné « dans les collèges d'enseignement général et professionnel ».

L'article 73 de la *CLF* exigerait également des modifications. D'une part, il devrait distinguer qui peut faire la demande d'admissibilité à l'enseignement en anglais selon les cas. Pour l'enseignement « dans les classes maternelles, dans les écoles primaires et secondaires », il reviendrait au parent titulaire de l'autorité parentale de faire la demande, tout comme le prévoit d'ailleurs actuellement la *CLF* (voir les soulignements dans le tableau ci-dessous). Pour l'enseignement collégial, il reviendrait, dans le respect de l'état actuel du droit²⁰, à la personne qui désire poursuivre des études collégiales d'en faire elle-même la demande (voir les passages en **gras** dans le tableau ci-dessous). D'autre part, il conviendrait de prévoir dans la loi les catégories de personnes admissibles à l'enseignement collégial en anglais. Conformément à notre hypothèse, le nouvel alinéa qui devrait être ajouté à l'actuel article 73 reprendrait les dispositions de la *CLF* qui encadrent déjà la langue d'enseignement au niveau primaire et secondaire, avec les adaptations nécessaires (voir les passages en *italique* dans le tableau ci-dessous).

L'article 73 actuellement en vigueur :	Un nouvel article 73 :
<p>73. Peuvent recevoir l'enseignement en anglais, à la demande de l'un de leurs parents :</p> <p>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;</p> <p>2° les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et qui</p>	<p>73. Peuvent recevoir l'enseignement en anglais <u>dans les classes maternelles, dans les écoles primaires et secondaires, à la demande de l'un de leurs parents</u> :</p> <p>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;</p>

Québec (*supra* note 10). Aux fins du présent article, nous avons décidé de nous en tenir à la position officielle du Parti québécois, telle qu'elle se trouve dans le programme du parti.

20. *Règlement sur le régime des études collégiales*, D 1006-93, (1993) GOQ II, 5130, art 19.

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;

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;

Peuvent recevoir l'enseignement en anglais dans les collèges d'enseignement général et professionnel, à leur demande :

1° les personnes 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 personnes dont le père ou la mère est citoyen canadien et qui ont reçu ou reçoivent un enseignement primaire, secondaire ou collégial en anglais au Canada, de même que leurs frères et sœurs, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire, secondaire ou collégial reçu au Canada.

Cette nouvelle disposition mettrait fin au libre choix de la langue d'enseignement au cégep et garantirait, aux mêmes conditions, l'accès à l'enseignement collégial en anglais aux personnes qui ont actuellement accès à l'école primaire et secondaire de langue anglaise. Par conséquent, outre les deux catégories principales décrites en introduction, pourraient recevoir l'enseignement collégial en anglais notamment les personnes déclarées admissibles à l'enseignement primaire ou secondaire en anglais en vertu du *Règlement sur les critères et la pondération applicables pour la prise en compte de l'enseignement en anglais reçu dans un établissement d'enseignement privé non agréé*

aux fins de subventions²¹. Pourraient également recevoir l'enseignement collégial en anglais les personnes déclarées admissibles à l'enseignement primaire ou secondaire en anglais en vertu des exemptions et des autorisations déjà prévues dans la CLF²² et les personnes qui ont reçu l'enseignement en anglais dans un cégep privé non subventionné au Québec ou dans tout collège ailleurs au Canada²³. Enfin, pourraient recevoir l'enseignement collégial en anglais les personnes qui, bien qu'elles ne s'en soient pas prévaluées, pouvaient recevoir l'enseignement primaire ou secondaire en anglais du fait qu'un de leur parent citoyen canadien avait reçu la majeure partie de l'enseignement primaire en anglais au Canada²⁴.

Concernant le pouvoir ministériel discrétionnaire permettant que soit admis à l'enseignement collégial en anglais, sous conditions et à la demande d'un cégep de langue anglaise, le nombre d'étudiants n'y ayant pas droit, que le ministre juge nécessaire pour que l'enseignement collégial en anglais demeure offert dans une région du Québec, le législateur pourrait l'inscrire directement dans la loi ou prévoir la possibilité pour le gouvernement d'adopter un règlement à cet effet²⁵.

21. D 862-2010, (2010) GOQ II, 4171A.

22. Il s'agit des exemptions et des autorisations suivantes: l'exemption pour les enfants présentant des difficultés graves d'apprentissage (CLF, *supra* note 1, art 81); l'exemption pour les cas de séjours temporaires au Québec (*ibid*, art 85); l'exemption pour les situations graves d'ordre familial ou humanitaire (*ibid*, art 85.1); l'autorisation fondée sur une entente de réciprocité (*ibid*, art 86); l'autorisation pour les personnes provenant d'une province ou d'un territoire canadien où les services d'enseignement en français offerts aux francophones sont comparables à ceux offerts en anglais aux anglophones du Québec (*ibid*, art 86.1); et l'autorisation pour les enfants qui résident ou ont résidé dans une réserve indienne (*ibid*, art 97; *Règlement sur la langue d'enseignement des enfants qui résident ou ont résidé dans une réserve indienne*, D 1758-93, (1993) GOQ II, 8902).

23. La nouvelle disposition législative, qui reprend la garantie visant la continuité d'emploi de la langue d'instruction, permettrait donc — telle que l'indique la Cour suprême dans les arrêts *Nguyen c Québec (Éducation, Loisir et Sports)*, 2009 CSC 47, [2009] 3 RCS 208 (*Nguyen*) et *Solski (Tuteur) c Québec (PG)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 RCS 201 [*Solski*] pour l'enseignement primaire et secondaire — la mobilité interprovinciale des collégiens de même que la poursuite de tout enseignement collégial reçu en anglais au Québec dans un cégep de langue anglaise subventionné du Québec. La nouvelle disposition législative laisserait intact le libre choix de la langue d'enseignement au collégial pour ce qui est des cégeps privés non subventionnés.

24. CLF, *supra* note 1, arts 76–76.1.

25. En matière d'enseignement primaire et secondaire, certaines provinces canadiennes ont délégué un pouvoir discrétionnaire aux commissions scolaires de langue française. Celles-ci peuvent admettre à l'école primaire ou secondaire de langue française des personnes qui n'y ont pas droit, et ce, à certaines conditions. La province de Saskatchewan a prévu ce pouvoir dans une loi: *Loi de 1995 sur l'éducation*, LS 1995, c E-0.2, art 144. L'Île-du-Prince-Édouard l'a prévu dans un règlement: *French First Language Instruction Regulations*, PEI Reg EC480/98, art 10. Voir *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire # 23 c Yukon (PG)*, 2015 CSC 25, 383 DLR (4^e) 579 (YKSC) [*Yukon*].

Puisqu'il s'agit d'étendre aux cégeps « les dispositions de l'actuelle *Charte de la langue française* appliquées aux écoles », ce pouvoir trouve son inspiration dans le pouvoir discrétionnaire que détient déjà le ministre de déclarer admissible à l'enseignement primaire ou secondaire des personnes n'y ayant pas droit lorsqu'il juge être confronté à une « situation grave d'ordre familial ou humanitaire »²⁶. Dans le contexte de l'enseignement collégial, le pouvoir serait toutefois exercé pour répondre aux besoins d'une institution jugée essentielle à l'épanouissement d'une communauté anglophone à l'extérieur de la région de Montréal plutôt qu'à ceux d'un individu. Conformément aux finalités assignées par le législateur québécois, le ministre ne pourrait favoriser l'admission des étudiants qui, parmi tous les postulants, présenteraient les meilleurs dossiers scolaires.

Évidemment, la nouvelle disposition, bien qu'elle constitue une garantie d'accès à l'enseignement collégial en anglais pour certaines catégories d'étudiants, dirigerait vers les cégeps de langue française des étudiants qui, autrement, auraient choisi de poursuivre leurs études collégiales en anglais. Advenant son adoption, certains de ces étudiants pourraient donc être tentés d'en contester la constitutionnalité.

I. LA VALIDITÉ CONSTITUTIONNELLE EU ÉGARD AUX PRINCIPES DE PROTECTION DES MINORITÉS PROVINCIALES DE LANGUES OFFICIELLES

La disposition pourrait être attaquée en vertu de l'article 23 de la *Charte canadienne* et du principe constitutionnel sous-jacent de la protection des droits des minorités.

A. Le droit constitutionnel à l'enseignement primaire et secondaire en anglais et le niveau collégial

L'article 23 de la *Charte canadienne* garantit un droit à l'enseignement primaire et secondaire en anglais au Québec et un droit à

26. CLF, *supra* note 1, art 85.1. Claude Ryan, le ministre responsable de la CLF au moment de l'adoption de cet article en 1986, défend l'idée d'un pouvoir discrétionnaire de la façon suivante : « [L]e critère de la fréquentation de l'école primaire anglaise par les parents est un critère qui ne peut pas répondre à toutes les situations. La vie nous présente des situations complètement imprévisibles par moments. Il faut absolument que nous disposions d'une certaine marge de discrétion ». (Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 33^e lég, 1^{ère} sess, vol 29, n^o 37 (3 juin 1986), aux pp 2119–20 (Claude Ryan)).

l'enseignement primaire et secondaire en français dans les autres provinces canadiennes. Dans son application au Québec²⁷, l'article 23 énonce ce qui suit :

23. (1) Les citoyens canadiens :

[...]

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 [...] 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.

Bien que cette disposition ne réfère explicitement qu'aux niveaux primaire et secondaire, on pourrait vouloir en étendre la protection à l'enseignement collégial au moyen de l'interprétation. Un argument fondé sur l'objet de l'article 23 et un autre argument plus circonstanciel pourraient être invoqués.

La Cour suprême l'a déjà mentionné : dans l'interprétation de l'article 23, « il est primordial de prendre en considération son objet sous-jacent »²⁸. Selon le tribunal, le but du constituant était de protéger les langues officielles et les cultures qu'elles expriment, favoriser leur épanouissement dans les provinces où elles sont minoritaires et « faire des deux groupes linguistiques officiels des partenaires égaux dans le domaine de l'éducation »²⁹. Considérant le rôle joué par l'école pour assurer la vitalité des langues officielles, l'article 23 constituerait « la clef de voûte de l'engagement du Canada envers le bilinguisme et le

27. En vertu du paragraphe (2) de l'article 59 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le paragraphe (1) a) de l'article 23 de la *Charte canadienne* n'entrera en vigueur pour le Québec que si l'Assemblée nationale ou le gouvernement du Québec l'autorise. L'autorisation n'a toujours pas été donnée (*Loi constitutionnelle de 1982*, art 59, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11).

28. *Mahe c Alberta*, [1990] 1 RCS 342 à la p 361, 1990 CanLII 133 (CSC) [*Mahe*]. Voir également *Nguyen, supra note 23* au para 26; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man)*, arts 73(3), (4) et (7), [1993] 1 RCS 839 à la p 857, 1993 CanLII 119 (CSC) [*Renvoi sur les écoles publiques (Man)*].

29. *Arsenault-Cameron c Île-du-Prince Édouard*, 2000 CSC 1 à la p 24, [2000] 1 RCS 3.

biculturalisme»³⁰ ou la « pierre angulaire de la protection des droits linguistiques des minorités »³¹. Il faudrait en conséquence l'interpréter « en fonction de ce qui favorisera le mieux l'épanouissement et la préservation de la minorité linguistique »³² de la province.

Reprenant cet objet, le professeur Michel Giroux croit que l'article 23 pourrait garantir un droit à l'enseignement universitaire dans la langue de la minorité. Son raisonnement est fondé sur la critique de l'affirmation suivante, qu'il considère comme étant absurde :

Nier qu'il existe un droit constitutionnel à l'éducation universitaire en français en Ontario, c'est affirmer que toutes les universités qui offrent actuellement une éducation en langue française dans cette province pourraient, du même coup, décider de n'offrir que des cours en anglais sans que les Franco-Ontariens n'aient un recours constitutionnel pour continuer à être éduqués en français dans leur province³³.

Giroux insiste sur la relation qui existe entre l'enseignement primaire et secondaire et l'enseignement postsecondaire pour établir qu'un droit à l'enseignement universitaire doit nécessairement découler du droit à l'enseignement primaire et secondaire prévu à l'article 23. Selon lui, puisque le droit à l'enseignement primaire et secondaire en français en Ontario n'a de sens que dans la mesure où les écoles peuvent embaucher des enseignants qualifiés, il doit exister un droit à l'enseignement universitaire en français en Ontario pour que ces enseignants puissent recevoir la formation appropriée. Doit-on conséquemment admettre que l'article 23 puisse protéger, outre l'enseignement primaire et secondaire, l'enseignement collégial en anglais au Québec?

En tout respect, l'argument de Giroux ne parvient pas à convaincre dans le contexte québécois. La disposition exposée dans la partie préliminaire n'aurait jamais au Québec l'effet qu'aurait en Ontario la décision de mettre fin à l'enseignement universitaire en français. Encadrer l'enseignement collégial au Québec ne compromettrait pas le droit à l'enseignement primaire et secondaire en anglais au sens où l'invoque Giroux (ni dans aucun autre sens) puisque les écoles anglaises du Québec (qu'elles-mêmes auraient accès exactement au même bassin

30. *Mahe*, *supra* note 28 à la p 350.

31. *Solski*, *supra* note 23 au para 3.

32. *Renvoi sur les écoles publiques (Man)*, *supra* note 28 à la p 850.

33. Michel Giroux, « Droit constitutionnel à une éducation universitaire en français en Ontario » (2010-2011) 35-36 *Revue du Nouvel-Ontario* 241 à la p 243.

d'enfants admissibles) pourraient toujours embaucher des universitaires ayant reçu leur formation en anglais au Québec (au même titre qu'elles le font actuellement). Puisque la disposition exposée dans la partie préliminaire n'aurait pas d'incidence sur le droit à l'enseignement primaire et secondaire en anglais au Québec, pourrait-on créer à partir de l'article 23 un droit à l'enseignement collégial en anglais autonome du droit à l'enseignement primaire et secondaire? Une interprétation fondée sur son objet pourrait-elle nous y mener?

Rappelons que l'article 23 doit être interprété « d'une façon réparatrice »³⁴. L'analyse des droits linguistiques « ne saurait s'effectuer dans l'abstrait, sans égard au contexte qui a conduit à la reconnaissance de ces droits ou aux préoccupations auxquelles leurs modalités d'application actuelles sont censées répondre »³⁵. Dans l'arrêt *Québec (PG) c Québec Protestant School Boards*, la Cour suprême reconnaît que l'article 23 de la *Charte canadienne*, entré en vigueur le 17 avril 1982, a été rédigé afin de supplanter l'article 73 de la *CLF* alors en vigueur depuis le 26 août 1977. Le tribunal écrit :

Mais, vu l'époque où il a légiféré, et vu surtout la rédaction de l'art. 23 de la *Charte [canadienne]* lorsqu'on la compare à celle des art. 72 et 73 de la *Loi 101 [CLF]*, il saute aux yeux que le jeu combiné de ces deux derniers articles est apparu au constituant comme un archétype des régimes à réformer ou que du moins il fallait affecter et qu'il lui a inspiré en grande partie le remède prescrit pour tout le Canada par l'art. 23 de la *Charte [canadienne]*³⁶.

La Cour suprême revient sur ce constat à quelques reprises. Pour elle, « le constituant avait particulièrement le Québec en vue lorsqu'il a édicté l'art. 23 de la *Charte [canadienne]* »³⁷; l'article 73 de la *CLF* de 1977 « apparaît de façon évidente comme le type de régime juridique qui a dicté l'art. 23 au constituant »³⁸ et « l'on peut se demander si le constituant aurait rédigé comme il l'a fait l'art. 23 de la *Charte [canadienne]* s'il n'avait eu sous les yeux le modèle que, dans une bonne mesure, il voulait justement contrer par l'art. 23 »³⁹.

34. *Renvoi sur les écoles publiques (Man)*, supra note 28 à la p 850.

35. *Solski*, supra note 23 au para 5.

36. [1984] 2 RCS 66 aux pp 79–80, 1984 CanLII 32 (CSC) [QPSB].

37. *Ibid* à la p 82.

38. *Ibid*.

39. *Ibid* à la p 84.

Or, en 1982, au moment où la *Charte canadienne* entre en vigueur, l'article 73 de la *CLF* ne visait que les écoles primaires et secondaires. Et le système scolaire québécois avait la même structure qu'il a aujourd'hui, avec ses écoles primaires et secondaires, et ses cégeps⁴⁰. Par conséquent, si le constituant avait voulu protéger l'enseignement collégial, ou s'il avait voulu que l'objet de l'article 23 puisse un jour comprendre l'enseignement collégial, on peut croire qu'il l'aurait indiqué, au moins implicitement, lui qui s'inspirait de l'article 73 de la *CLF* alors en vigueur pour rédiger l'article 23 de la *Charte canadienne*. Il appert toutefois qu'il a choisi de limiter explicitement à l'enseignement primaire et secondaire la portée de cette disposition.

Dans l'arrêt *Westmount (Ville de) c Québec (PG)*, la Cour d'appel du Québec souligne que « le constituant s'est explicitement exprimé, lorsqu'il a voulu restreindre le pouvoir de la législature en vue de protéger des droits collectifs d'un groupe de citoyens en raison du facteur linguistique »⁴¹. Selon elle, il n'y a pas lieu pour les tribunaux de créer de nouveaux droits linguistiques⁴². Dans ces conditions, il semble qu'il reviendrait au constituant, à l'aide de la procédure normale de modification⁴³, d'ajouter à l'article 23 une disposition concernant l'enseignement collégial, si telle devait être son intention. Nous partageons donc l'avis du juriste Mark C. Power, pour qui il est « peu probable que les cinq collèges de langue anglaise qui, dans cette province [le Québec], sont financés sur des fonds publics (ainsi que deux autres qui assurent un enseignement en anglais) bénéficient des garanties constitutionnelles accordées à l'article 23 » [référence omise]⁴⁴.

Pour prolonger la protection prévue à l'article 23, un argument circonstanciel pourrait également être invoqué. Si l'article 23 protège par exemple les douze années de scolarité primaire et secondaire du

40. Les cégeps ont été créés en 1967 à la suite des recommandations émises dans le rapport Parent (*Rapport de la Commission royale d'enquête sur l'enseignement dans la province de Québec: les structures pédagogiques du système scolaire, Volume 2: Les structures et les niveaux d'enseignement*, t 2, Québec, Éditeur officiel, 1964 à la p 405).

41. [2001] RJQ 2520 (CA) au para 124, 2001 CanLII 13655 (QC CA), autorisation de pourvoi à la CSC rejetée, [2001] CSCR n° 524 [*Westmount*].

42. *Ibid* au para 145.

43. Benoît Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough (Ont), Carswell, 1996 à la p 138.

44. Mark C Power, « Les droits linguistiques en matière d'éducation » dans Michel Bastarache et Michel Doucet, dir, *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013, 657 à la p 688.

système scolaire ontarien⁴⁵, peut-on argumenter qu'il serait illogique qu'il ne protège en retour que les onze années de scolarité primaire et secondaire du système scolaire québécois⁴⁶? L'article étant un « remède prescrit pour tout le Canada »⁴⁷, peut-on conclure qu'il doit s'étendre au-delà de l'école secondaire dans le cas du Québec pour comprendre par exemple la première année d'étude collégiale? Nous ne le croyons pas.

Comme l'indique la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man)*, arts 79(3), (4) et (7), l'interprétation de l'article 23 peut varier d'une province canadienne à l'autre :

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 province⁴⁸.

De plus, l'article 23 semble devoir être interprété en prenant en considération la réalité québécoise. Dans *Solski*, la Cour suprême reconnaît que « [l]e gouvernement provincial appelé à légiférer en matière d'éducation doit disposer de la latitude suffisante pour assurer la protection de la langue française tout en respectant les objectifs de l'art. 23 »⁴⁹. Par conséquent, si l'interprétation de l'article 23 semble devoir prendre en compte la réalité linguistique du Québec, nous voyons mal comment le même article pourrait être interprété sans que l'organisation du système scolaire québécois le soit.

Quoi qu'il en soit, la disposition que nous exposons dans la partie préliminaire ne fait que reprendre et adapter pour le niveau collégial l'actuel article 73 de la *CLF*, qui lui respecte en tout point l'article 23 de

45. Bureau de coopération interuniversitaire, « Guide des niveaux de formation pour l'admission générale des candidats non Québécois » (18 février 2013) à la p 95, en ligne: [Crepuq.qc.ca <www.crepuq.qc.ca/IMG/pdf/Guide_des_niveaux_de_formation_2013-02-18.pdf>](http://crepuq.qc.ca/IMG/pdf/Guide_des_niveaux_de_formation_2013-02-18.pdf).

46. Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport, « Système scolaire québécois » (2014), en ligne: [Mels.gouv.qc.ca <www.mels.gouv.qc.ca/systeme-scolaire-quebecois/>](http://mels.gouv.qc.ca/www.mels.gouv.qc.ca/systeme-scolaire-quebecois/).

47. *QPSB*, *supra* note 36 à la p 80.

48. *Renvoi sur les écoles publiques (Man)*, *supra* note 28 à la p 851. Voir également *Nguyen*, *supra* note 23 au para 26.

49. *Solski*, *supra* note 23 au para 34.

la *Charte canadienne*⁵⁰. Ce faisant, même si le droit constitutionnel à l'enseignement primaire et secondaire en anglais devait s'interpréter comme comprenant quelque part l'enseignement collégial, les critères de l'article 73 de la *CLF*, actuellement valides pour le primaire et secondaire, le seraient vraisemblablement tout autant pour le cégep. En fait, loin de miner la légitimité de l'encadrement de l'enseignement collégial tel que nous l'exposons, au contraire, l'article 23 de la *Charte canadienne* solidifierait ses fondements. Si le constituant a vu dans le critère de « l'instruction des parents » et dans celui de « la continuité d'emploi de la langue d'instruction » des critères suffisamment pertinents pour les enchâsser dans la loi suprême du pays en ce qui concerne l'enseignement primaire et secondaire, nous osons croire que les mêmes critères, codifiés cette fois-ci dans la *CLF* pour le niveau collégial, seraient accueillis avec autant d'égard. D'autant plus que la légalité de l'objectif de faire du français la langue de l'enseignement au Québec est acquise⁵¹.

Pour toutes ces raisons, il semble peu probable qu'un argument fondé sur l'article 23 puisse être retenu. La logique d'une protection constitutionnelle pour les minorités provinciales de langue officielle pourrait toutefois être mise de l'avant autrement, par exemple en insistant sur le principe constitutionnel sous-jacent de la protection des droits des minorités. L'article 23 n'est d'ailleurs jamais bien loin puisqu'il constitue l'une des manifestations de ce principe dans le texte écrit de la Constitution⁵².

B. Le principe constitutionnel sous-jacent de la protection des droits des minorités et la minorité anglo-québécoise

Bien que la disposition que nous exposons dans la partie préliminaire garantit l'enseignement collégial en anglais pour les citoyens anglophones⁵³, son application pourrait au même moment provoquer une diminution des programmes d'études offerts dans certains

50. Voir notamment la *Loi faisant suite aux décisions judiciaires en matière de langue d'enseignement*, LQ 2010, c 23; *Gosselin (Tuteur) c Québec (PG)*, 2005 CSC 15 au para 6, [2005] 1 RCS 238 [*Gosselin 2005*].

51. *HN c Québec (Ministre de l'Éducation)*, 2007 QCCA 1111 au para 110, juge Hilton, conf par Nguyen, *supra* note 23.

52. *Solski*, *supra* note 23 au para 2.

53. Les critères, inspirés des critères retrouvés à l'article 23 de la *Charte canadienne et qui permettent* à une personne de se qualifier pour l'instruction collégiale en anglais, visent, tout comme cet article, à garantir l'enseignement en anglais principalement aux membres de la communauté anglo-québécoise (au sujet de l'article 23, voir *Gosselin 2005*, *supra* note 50 au para 29).

établissements du fait qu'elle dirigerait vers les cégeps de langue française nombre d'étudiants qui autrement auraient choisi de poursuivre des études collégiales en anglais. La mesure menacerait-elle la survie d'institutions essentielles à l'épanouissement de la communauté anglo-québécoise? Si les étudiants ayant déclaré l'anglais comme langue maternelle composent généralement la majorité des nouveaux inscrits dans les cégeps publics de langue anglaise du Québec⁵⁴, plusieurs cégeps accueillent en majorité des étudiants ayant déclaré être d'une langue maternelle autre que l'anglais. On peut penser par exemple à la section anglophone du Cégep de la Gaspésie et des Îles, au Champlain Regional College (composé de trois campus : Lennoxville, Saint-Lambert et Ste-Foy), au Vanier College ou encore aux collèges privés subventionnés qui offrent l'enseignement en anglais tel que le Collège TAV, le Collège LaSalle ou le Collège Marianopolis⁵⁵. Si une importante proportion de ces inscrits non anglophones n'était pas des étudiants ayant droit à l'enseignement primaire et secondaire en anglais au Québec en vertu de l'article 23 de la *Charte canadienne*, ces étudiants n'auraient donc pas droit à l'enseignement collégial en anglais en vertu de la disposition exposée dans la partie préliminaire. La diminution de plus de la moitié des effectifs scolaires de certains de ces établissements ne pourrait vraisemblablement pas se faire sans conséquence sur les programmes d'études offerts.

Dans son *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême décrit le principe sous-jacent de la protection des droits des minorités comme l'un des quatre principes qui « inspirent et nourrissent le texte de la Constitution »⁵⁶, qui « lui donnent vie »⁵⁷. Pour la Cour, ceux-ci peuvent « donner lieu à des obligations juridiques substantielles [...] qui posent des limites substantielles à l'action gouvernementale »⁵⁸. Ils

54. De 1998 à 2009, lors de leur inscription à temps plein dans les collèges publics, les étudiants déclarant avoir l'anglais comme langue maternelle ont constitué de 52,4 % à 55,4 % des nouveaux inscrits dans les cégeps de langue anglaise du Québec, sauf en 2008, où ils représentaient 46 % du total des inscrits (Québec, Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport, *Données linguistiques sur les nouveaux inscrits dans les collèges publics, de 1998 à 2009*, Enseignement supérieur, Direction de l'enseignement collégial, 7 mars 2011 à la p 4).

55. Québec, Ministère de l'Enseignement supérieur, de la Recherche, de la Science et de la Technologie, *Effectif des établissements d'enseignement collégial selon le réseau d'enseignement, la langue d'enseignement et la langue maternelle déclarée par l'élève à son entrée au collégial et selon le devis scolaire* (compilation spéciale), Direction de l'enseignement collégial, données lues au 21 octobre 2013 aux pp 1-7 [*Effectif des établissements*].

56. [1998] 2 RCS 217 au para 49, 1998 CanLII 793 (CSC) [*Renvoi relatif à la sécession*].

57. *Ibid* au para 50.

58. *Ibid* au para 54.

peuvent « donner naissance à des obligations très abstraites et générales, ou à des obligations plus spécifiques et précises. Les principes ne sont pas simplement descriptifs; ils sont aussi investis d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements »⁵⁹.

Dans *Lalonde c Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*⁶⁰, la Cour d'appel de l'Ontario utilise notamment le principe constitutionnel sous-jacent de protection des droits des minorités pour invalider une directive de la Commission de restructuration des services de santé qui était fondée sur un pouvoir discrétionnaire. Cette directive enjoignait la province à réduire considérablement l'offre de services de l'Hôpital Montfort, menaçant ainsi de fermeture le seul hôpital ontarien où des services élargis sont offerts en tout temps en français et où la langue de travail est le français. Pourrait-on conséquemment utiliser ce principe pour attaquer la mesure encadrant l'accès aux cégeps de langue anglaise?

Dans le cas qui nous occupe, contrairement à la situation qui existait dans *Lalonde*, les changements proposés seraient prévus dans une loi et non dans une directive administrative. Dans *Lalonde*, la Cour d'appel de l'Ontario précise explicitement qu'elle utilise le principe constitutionnel sous-jacent de la protection des droits des minorités dans le contexte d'une directive administrative fondée sur un pouvoir discrétionnaire⁶¹. Elle refuse d'ailleurs d'indiquer quel usage elle lui réserverait si elle était confrontée à une loi plutôt qu'à une directive administrative⁶². Sur ce point, dans l'arrêt *Westmount*, la Cour d'appel du Québec refuse d'utiliser ce principe sous-jacent pour invalider une loi adoptée par l'Assemblée nationale du Québec visant une question qui relève de la compétence législative exclusive de la province, et ce, même si cette loi réorganisait des institutions importantes pour la minorité anglophone⁶³. Ainsi, selon ce que rapporte Michel Bastarache, ancien juge de la Cour suprême, faire annuler une décision administrative pourrait bien être la limite de l'utilité du principe sous-jacent⁶⁴. Reprenant les propos du professeur Robin Elliot, Bastarache souligne

59. *Ibid.*

60. *Lalonde c Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 OR (3^e) 505 (CA), 2001 CanLII 21164 (ON CA) [*Lalonde*].

61. *Ibid* au para 123.

62. *Ibid* au para 126.

63. *Westmount*, *supra* note 41.

64. Michel Bastarache, « Introduction » dans Michel Bastarache, dir, *Les droits linguistiques au Canada*, 2^e éd, Cowansville (Qc) Yvon Blais, 2004, 1 à la p 35 [Bastarache 2004].

même que la Cour suprême « pourrait écarter le type de raisonnement adopté dans l'affaire *Lalonde* »⁶⁵.

Dans *Lalonde*, l'institution menacée de fermeture était le seul hôpital ontarien où des services élargis sont offerts en tout temps en français et où la langue de travail est le français. La Cour d'appel de l'Ontario prend même la peine de reconnaître que l'Hôpital Montfort remplit dans ce contexte un rôle institutionnel plus large que la simple prestation de services de santé en français. « [L]e rôle institutionnel plus large de Monfort [*sic*] comprend notamment celui de maintenir la langue française, de transmettre la culture francophone et de favoriser la solidarité au sein de la minorité franco-ontarienne »⁶⁶. Au contraire, au Québec, il existe de nombreux cégeps de langue anglaise. Même si l'un des collèges fréquentés présentement par une majorité de non-anglophones devait revoir à la baisse son offre de programmes d'études ou était menacé de fermeture, la communauté anglo-québécoise disposerait toujours de nombreux établissements d'enseignement collégial de langue anglaise⁶⁷. Dans l'affaire *Gigliotti c Conseil d'administration du Collège des Grands Lacs*, la Cour divisionnaire de l'Ontario ne voit pas, dans la décision du gouvernement de l'Ontario de fermer le Collège des Grands Lacs, un collège de langue française de Toronto, de violation du principe constitutionnel sous-jacent de la protection des droits des minorités, notamment en raison du fait que l'enseignement collégial en français est toujours disponible ailleurs en Ontario. Elle retient ceci : « De plus, le Collège n'était pas le seul collège en Ontario à fournir des programmes en langue française : tant Boréal que La Cité ont été maintenus »⁶⁸; ces deux derniers collèges ayant leur campus principal à Sudbury et à Ottawa, respectivement.

De plus, si un cégep de langue anglaise devait fermer ses portes en raison de la diminution des inscriptions de francophones et

65. Robin Elliot, « References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada's Constitution » (2001) 80 R du B can 67 à la p 118, tel que cité dans Bastarache 2004, *supra* note 64 à la p 35.

66. *Lalonde*, *supra* note 60 au para 71.

67. Dans *Hôpital Reine-Elizabeth de Montréal c Rochon*, [1996] RJQ 1862 (CS) à la p 1890, conf par [1996] RJQ 2804 (CA), la Cour supérieure refuse d'invalider la directive administrative de la Régie régionale de la santé et des services sociaux de Montréal-Centre, qui propose la fermeture de trois hôpitaux de la région de Montréal reconnus comme étant « bilingues » en vertu de la l'article 29.1 de la *CLF*, au motif que cette directive ne peut être discriminatoire considérant notamment le nombre important d'hôpitaux qui offrent toujours des services en anglais à la communauté anglophone de Montréal.

68. (2005), 76 OR (3^e) 561 (CS C div) au para 50, 2005 CanLII 23326 (ON CS C div).

d'allophones, cela pourrait être interprété comme constituant une preuve du peu d'importance que représentait le cégep en question pour l'épanouissement de la communauté anglophone. Peut-on sérieusement soutenir qu'un établissement survivant uniquement grâce à l'affluence de non-anglophones puisse être vital pour l'épanouissement de la communauté anglo-québécoise? Dans *Gigliotti*, la Cour divisionnaire refuse d'utiliser le principe sous-jacent de protection des droits des minorités pour invalider la décision du gouvernement ontarien notamment parce qu'il n'existe, selon elle, « aucune preuve empirique du rôle unique ou essentiel du Collège pour la culture francophone, contrairement au cas de l'Hôpital Montfort dans l'affaire *Lalonde* »⁶⁹. Puis, « les éléments de preuve démontrent clairement qu'il ne s'agit pas d'une situation où la Ministre aurait ordonné la fermeture d'une institution indispensable à la minorité francophone comme l'était Montfort »⁷⁰.

Mentionnons toutefois que la décision du gouvernement de l'Ontario de fermer le Collège des Grands Lacs avait été prise avec l'approbation du conseil d'administration de l'institution, composé majoritairement de membres de la communauté franco-ontarienne. De plus, selon ce que rapporte la Cour divisionnaire, la qualité de l'enseignement qui y était offert soulevait des questions, la baisse de fréquentation de l'institution devenait problématique et le Collège Boréal avait accepté d'accueillir les étudiants de la région qui était jusque-là desservie par le Collège des Grands Lacs. Si la décision de fermer le collège avait été prise sans aucune forme de consultation de la communauté franco-ontarienne et qu'elle avait suscité une réaction semblable à celle observée lors de l'épisode de l'Hôpital Montfort, la Cour divisionnaire aurait-elle été plus encline à retenir l'argument fondé sur le principe sous-jacent de la protection des droits des minorités? L'affaire *Lalonde* ne tient évidemment pas au seul fait qu'il s'agissait du seul hôpital ontarien où des services élargis sont offerts en tout temps en français et où la langue de travail est le français. Même en présence du Collège Boréal et de La Cité collégiale, on imagine que la décision dans l'affaire *Gigliotti* aurait pu être différente si le Collège des Grands Lacs avait été jugé essentiel à l'épanouissement de la communauté franco-ontarienne.

69. *Ibid* au para 48.

70. *Ibid* au para 49. Voir *Giroux v Ontario* (2005), 75 OR (3^e) 759 (CS C div), 2005 CanLII 22131 (ON CS C div).

Rappelons que « la reconnaissance de ces principes constitutionnels [...] n'est pas une invitation à négliger le texte écrit de la Constitution »⁷¹. La Cour suprême prend bien soin de noter dans le *Renvoi relatif à la sécession* « qu'il existe des raisons impératives d'insister sur la primauté de notre Constitution écrite »⁷². Un principe sous-jacent ne pourrait donc être utilisé pour violer ou contredire une disposition explicite de la Constitution⁷³. Par exemple, il ne pourrait changer le fait que l'éducation est une compétence législative exclusive des provinces⁷⁴. De même, puisque la langue est une compétence législative accessoire⁷⁵, un tel principe devrait toujours être interprété en tenant compte du fait qu'il revient aux provinces de légiférer en matière de langue d'enseignement. Nos conclusions à l'égard des limites prévues à l'article 23 de la *Charte canadienne* seraient également à prendre en considération.

En outre, dans le *Renvoi relatif à la sécession*, la Cour suprême reconnaît le fédéralisme comme principe constitutionnel sous-jacent. Elle lie le caractère fondamental du principe à la présence du Québec comme membre fondateur de la fédération canadienne et à l'existence en son sein d'une majorité francophone.

[59] Le principe du fédéralisme facilite la poursuite d'objectifs collectifs par des minorités culturelles ou linguistiques qui constituent la majorité dans une province donnée. C'est le cas au Québec, où la majorité de la population est francophone et qui possède une culture distincte. Ce n'est pas le simple fruit du hasard. La réalité sociale et démographique du Québec explique son existence comme entité politique et a constitué, en fait, une des raisons essentielles de la création d'une structure fédérale pour l'union canadienne en 1867. [...]. La structure fédérale adoptée à l'époque de la Confédération a permis

71. *Renvoi relatif à la sécession*, *supra* note 56 au para 53.

72. *Ibid.*

73. Voir *Toronto (City of) v Braganza*, 2011 ONCJ 657; Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008 à la p 211. Dans *Westmount*, la Cour d'appel du Québec est même d'avis que les principes constitutionnels sous-jacents pourraient n'être pertinents que dans le contexte où ils ont été élaborés, soit dans celui de l'obligation de négocier de bonne foi advenant une réponse claire à une question référendaire claire portant sur l'accession du Québec à l'indépendance (*Westmount*, *supra* note 41 aux para 82–83).

74. *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, art 93, reproduite dans LRC 1985, annexe II, n° 5 [LC 1867].

75. *Devine c Québec* (PG), [1988] 2 RCS 790 au para 19, 1988 CanLII 20 [Devine].

aux Canadiens de langue française de former la majorité numérique de la population de la province du Québec, et d'exercer ainsi les pouvoirs provinciaux considérables que conférait la *Loi constitutionnelle de 1867 de façon à promouvoir leur langue et leur culture* [notre soulignement]⁷⁶.

Or, s'il est pertinent d'analyser la constitutionnalité de la disposition législative en cause au regard du principe constitutionnel sous-jacent de la protection des droits des minorités, il est tout aussi pertinent de l'analyser en fonction du principe sous-jacent du fédéralisme. Comme la Cour suprême l'indique dans le *Renvoi relatif à la sécession*, les quatre principes sous-jacents « fonctionnent en symbiose. Aucun de ces principes ne peut être défini en faisant abstraction des autres, et aucun de ces principes ne peut empêcher ou exclure l'application d'aucun autre »⁷⁷.

Bref, si l'encadrement du choix de la langue d'enseignement au collégial avait pour conséquence de réduire l'importance des programmes d'études offerts dans certains cégeps de langue anglaise ou en menaçait d'autres de fermeture, la validité de la mesure serait étudiée à la lumière du principe sous-jacent de protection des minorités. En même temps, nous savons qu'à l'heure actuelle, les étudiants allophones choisissent dans des proportions importantes de poursuivre leurs études collégiales en anglais⁷⁸ et que les étudiants francophones tendent légèrement à délaissier les cégeps de langue française pour poursuivre leurs études collégiales en anglais⁷⁹. Ainsi, puisque l'application au cégep des principes de l'actuelle *CLF* aurait l'effet d'un redressement en matière de fréquentation des cégeps de langue française, la validité de la mesure serait étudiée à la lumière du principe sous-jacent du fédéralisme et du rôle que peut jouer l'État québécois pour promouvoir le caractère français du Québec. Et on sait que la Cour suprême « s'est montrée sensible aux inquiétudes et à la dynamique linguistique du Québec, où se trouve concentrée la majorité des membres de la

76. *Renvoi relatif à la sécession*, supra note 56.

77. *Ibid* au para 49.

78. En 2010, 47 % des cégépiens allophones recevaient l'enseignement collégial en anglais (Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport, « Indicateurs linguistiques dans le secteur de l'éducation : 2011 – Annexe » (2012) à la p 27, en ligne : [mels.gouv.qc.ca <www.mels.gouv.qc.ca/fileadmin/site_web/documents/publications/IndicLinguistiquesDomaineEduc2011__Annexe_p.pdf>](http://mels.gouv.qc.ca/www.mels.gouv.qc.ca/fileadmin/site_web/documents/publications/IndicLinguistiquesDomaineEduc2011__Annexe_p.pdf) [Indicateurs linguistiques]).

79. La tendance des cégépiens francophones à choisir l'enseignement collégial en anglais est en progression. De 1981 à 2010, ils sont passés de 2,9 % à 5,8 % à faire un tel choix (*ibid* à la p 26).

minorité francophone du Canada»⁸⁰. L'encadrement du choix de la langue d'enseignement collégial agirait également sur l'objectif plus global de la politique linguistique du Québec, soit de promouvoir l'utilisation du français dans l'espace public comme langue de travail et comme langue du commerce⁸¹, un objectif que la Cour suprême elle-même juge légitime⁸².

L'argument fondé sur le principe sous-jacent de la protection des droits des minorités serait encore moins convaincant si l'encadrement du choix de la langue d'enseignement collégial était accompagné d'un pouvoir ministériel discrétionnaire permettant que soit admis à l'enseignement collégial en anglais, sous conditions et à la demande d'un cégep de langue anglaise, le nombre d'étudiants n'y ayant pas droit, que le ministre juge nécessaire pour que l'enseignement collégial en anglais demeure offert dans une région du Québec. Nous l'avons vu, l'encadrement aurait nécessairement pour effet de diriger vers les cégeps de langue française des étudiants qui autrement choisiraient de poursuivre leurs études collégiales en anglais. Cette mesure aurait des répercussions sur tout le réseau. Or, il existe de nombreux cégeps de langue anglaise ou offrant l'enseignement en anglais sur l'île de Montréal. On pense ici au Collège Dawson, au Vanier College, au Cégep John Abbott, au Collège TAV, au Collège LaSalle, au Collège O'Sullivan, au Centennial Academy, au Collège Marianopolis et au Macdonald College. Si le bassin d'étudiants pouvant poursuivre des études collégiales en anglais diminuait avec l'entrée en vigueur de la mesure, l'accès à l'enseignement collégial en anglais pour un ayant droit dans la région de Montréal demeurerait toujours possible, même si le changement

80. *Solski*, *supra* note 23 au para 7.

81. Comme l'ont démontré les chercheurs Patrick Sabourin, Mathieu Dupont et Alain Bélanger dans une étude portant sur les comportements linguistiques des étudiants du collégial de l'île de Montréal, il existe une corrélation entre la langue d'enseignement au cégep et l'utilisation du français ou de l'anglais dans l'espace public. Par exemple, 80,6 % des allophones qui fréquentent un cégep de langue française utilisent le plus souvent le français avec les collègues au travail, alors que seulement 39,7 % de ceux qui fréquentent un cégep de langue anglaise en font autant. De plus, 93,2 % des allophones qui fréquentent un cégep de langue française utilisent principalement le français lorsqu'ils s'adressent à un employé dans une boutique, alors que ceux qui fréquentent un cégep de langue anglaise le font à 40,1 %. Patrick Sabourin, Mathieu Dupont et Alain Bélanger, « Le choix anglicisant : une analyse des comportements linguistiques des étudiants du collégial sur l'île de Montréal » (7 septembre 2010) aux pp 6 et 10, en ligne: [irfa.ca <irfa.ca/site/_pdf/analyse_irfa_SEPTEMBRE2010A_5.pdf>](http://irfa.ca/cirfa.ca/site/_pdf/analyse_irfa_SEPTEMBRE2010A_5.pdf).

82. *Nguyen*, *supra* note 23 au para 38; *Ford c Québec (PG)*, [1988] 2 RCS 712 au para 73, 1988 CanLII 19 (CSC) [*Ford*].

serait susceptible d'exiger une restructuration du réseau⁸³. Toutefois, il en serait peut-être autrement à l'extérieur de la région de Montréal, où les cégeps se nourrissent en grande partie des inscriptions d'étudiants non anglophones. Le ministre pourrait donc, après consultation des cégeps de langue anglaise, cibler les institutions jugées essentielles à l'épanouissement des communautés de langue anglaise pour toute une région et permettre l'admission d'un nombre d'étudiants qui n'y ont pas droit, mais lequel serait jugé raisonnable dans les circonstances et qui permettrait le maintien de programmes d'études. Si l'exercice du pouvoir discrétionnaire pouvait donner lieu à une contestation fondée sur le principe sous-jacent de la protection des droits des minorités, cette question demeure pour l'instant purement hypothétique puisque nous n'avons aucune indication justifiant que nous puissions présumer que ce pouvoir serait exercé en contravention du principe sous-jacent en question. Poursuivons donc notre analyse, cette fois eu égard à des droits et libertés classiques ayant une incidence sur l'utilisation des langues.

II. LA VALIDITÉ CONSTITUTIONNELLE EU ÉGARD À DES DROITS ET LIBERTÉS CLASSIQUES AYANT UNE INCIDENCE SUR L'UTILISATION DES LANGUES

La disposition pourrait être contestée à la lumière du droit à la liberté et du droit à l'égalité garantis par les chartes canadienne et québécoise.

83. Le cégep de langue anglaise le plus important du Québec, soit le Collège Dawson, se trouve à Montréal. À l'automne 2012, il comptait quelque 8 000 étudiants inscrits à l'enseignement ordinaire à temps plein, ce qui comprend des étudiants de toute langue maternelle. Au même moment, dans les trois cégeps publics de langue anglaise de Montréal, soit le Collège Dawson, le Vanier College et le Cégep John Abbott, il y avait presque 12 000 étudiants inscrits ayant déclaré être de langue maternelle anglaise. Si on peut penser que ces quelque 12 000 étudiants étaient des ayants droit à l'école primaire et secondaire de langue anglaise, ce qui en ferait des ayants droit à l'enseignement collégial en anglais, l'encadrement du choix de la langue d'enseignement au cégep garantirait toujours un bassin d'étudiants justifiant le maintien de l'enseignement collégial en anglais à Montréal. À ce nombre s'ajoutent les quelque 2 000 étudiants inscrits la même année dans les cégeps privés subventionnés de langue anglaise de Montréal ayant déclaré l'anglais comme langue maternelle. On peut penser qu'ils seraient également des ayants droit à l'enseignement collégial en anglais (*Effectif des établissements, supra* note 55).

A. Le droit à la liberté et l'hypothèse d'une obligation pour l'État de soutenir financièrement le libre choix de la langue d'enseignement

La *Charte canadienne* garantit le droit à la liberté à son article 7 :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

La *Charte québécoise*, quant à elle, prévoit le droit à la liberté à son article premier⁸⁴ :

1. Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne.

La jurisprudence nous apprend que ce droit peut notamment être en cause « lorsque des contraintes ou des interdictions de l'État influent sur les choix importants et fondamentaux qu'une personne peut faire dans sa vie »⁸⁵. Si le choix de la langue d'enseignement en est, on pourrait alléguer que la disposition exposée dans la partie préliminaire constitue une intervention de l'État qui vient brimer le droit à la liberté. Or, l'étude que nous faisons de la jurisprudence ne nous permet pas de faire un tel saut.

À l'heure actuelle, le droit à la liberté n'a servi qu'à sanctionner l'abstention d'agir de l'État. Par exemple, dans *Chaoulli c Québec (PG)*, les juges McLachlin et Major rappellent qu'il n'est pas question d'utiliser l'article 7 de la *Charte canadienne* pour fonder une obligation positive pour l'État⁸⁶. Dans *Gosselin c Québec (PG)*, la juge McLachlin affirme, au

84. Malgré son libellé quelque peu différent, il y a lieu de donner la même interprétation au droit à la liberté, qu'il soit défendu par l'une ou l'autre des chartes (Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 73 à p 1129).

85. *Blencoe c Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44 au para 49, [2000] 2 RCS 307, juge Bastarache, pour la majorité [Blencoe]. Voir *R c Clay*, 2003 CSC 75 aux para 31-32, [2000] 3 RCS 735; *Nouvelle-Écosse (PG) c Walsh*, 2002 CSC 83 au para 63, [2002] 4 RCS 325; *Godbout c Longueuil (Ville de)*, [1997] 3 RCS 844 au para 66, 1997 CanLII 335 (CSC), juge La Forest; *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315 au para 121, 1995 CanLII 115 (CSC), juge La Forest.

86. 2005 CSC 35 au para 103, [2005] 1 RCS 791 :

[103] Les appelants ne sollicitent pas une ordonnance enjoignant au gouvernement d'investir plus d'argent dans les soins de santé; ils ne sollicitent pas non plus une ordonnance enjoignant de réduire les délais d'attente pour un traitement qui existent dans le système de santé public. Ils requièrent seulement une décision qui les autoriserait à souscrire une assurance leur donnant accès à des services privés, pour le motif que les délais du système public compromettent leur santé et leur sécurité.

nom de la majorité, que l'article 7 de la *Charte canadienne* ne crée pas d'obligation positive pour l'État⁸⁷, bien que la juge laisse la porte ouverte⁸⁸.

À notre avis, cette ouverture n'est toutefois pas le prélude à un droit au libre choix de la langue d'enseignement collégial. Dans *Gosselin*, si la juge Arbour affirme dans sa dissidence que l'article 7 de la *Charte canadienne* peut comporter une dimension positive, son opinion semble toutefois être d'abord fondée sur la portée d'un autre droit prévu au même article de la *Charte canadienne*, soit le droit à la sécurité⁸⁹. Par exemple, dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c G (J)*, cité par la juge Arbour dans *Gosselin*, l'appelante s'est vu accorder des services d'avocats rémunérés par l'État pour répondre à une requête en prorogation de l'ordonnance de garde confiant ses trois enfants au ministre, mais c'est le droit à la sécurité qui est décrit comme comportant une dimension positive⁹⁰.

Ces opinions peuvent donc à première vue sembler faire dévier le débat vers un autre droit prévu à l'article 7 de la *Charte canadienne* et à l'article premier de la *Charte québécoise*, soit celui à la sécurité ou à la sûreté⁹¹. Or, le droit à la sécurité n'est violé que lorsqu'une intervention de l'État menace sérieusement la sécurité physique ou psychologique d'un individu⁹². En l'espèce, nous concevons mal qu'une personne puisse prétendre que l'encadrement de la langue d'enseignement au niveau collégial viole son droit à la sécurité. La disposition législative en cause ne fait qu'exiger des personnes qui ont reçu un enseignement primaire ou secondaire en français et qui désirent poursuivre des études collégiales qu'elles fréquentent un cégep de langue française.

87. 2002 CSC 84 au para 81, [2002] 4 RCS 429. L'appelante, âgée de moins de 30 ans, exigeait de l'État le paiement du montant auquel elle n'avait pas eu droit en fonction du régime d'aide sociale du Québec. Ce régime fixait le montant des prestations de base payables aux personnes de moins de 30 ans à plus ou moins le tiers de celui des prestations de base versées aux personnes de 30 ans et plus.

88. *Ibid* au para 82.

89. *Ibid* aux para 319–29.

90. [1999] 3 RCS 46, 1999 CanLII 653 (CSC) [N-B].

91. « [L]e concept québécois de "sûreté" devrait recouper la réalité visée par le concept de "sécurité" » (Christian Brunelle, « Les droits et libertés dans le contexte civil » dans *Droit public et administratif*, Collection de droit 2009-2010, vol 7, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009, 41 à la p 48).

92. N-B, *supra* note 90 au para 59; *Blencoe*, *supra* note 85 au para 81; Robert J Sharpe et Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms*, 4^e éd, Toronto, Irwin Law, 2009 aux pp 226–27.

Le droit à la liberté a également servi de base conceptuelle à un droit d'élever et d'éduquer ses enfants⁹³, et des arrêts de tribunaux provinciaux donnent à croire qu'il protégerait le droit d'exercer la profession de son choix⁹⁴, lequel droit pourrait dans une certaine mesure présenter une analogie avec celui, hypothétique, de choisir sa langue d'enseignement collégial. Cependant, à notre avis, la jurisprudence de la Cour suprême n'est pas favorable à l'apparition du droit d'exercer la profession de son choix fondé sur le droit à la liberté. Il semble clair, à la lecture de deux arrêts récents, que ce droit ne comprend pas l'obligation pour l'État québécois d'offrir à tous la possibilité de fréquenter un cégep de langue anglaise.

Dans *Canada (PG) c PHS Community*, si le droit à la liberté est en jeu, c'est parce que les membres du personnel d'une clinique affectés à la supervision de l'injection de drogues risquent l'incarcération et non parce que l'État les empêche d'exercer cette activité professionnelle⁹⁵. Et si le refus du ministre d'exempter la clinique viole l'article 7, c'est parce qu'il met en danger non pas le droit à la liberté des toxicomanes, mais leur droit à la vie et à la sécurité⁹⁶. Dans *Canada (PG) c Bedford*, où il est question de la validité constitutionnelle de dispositions du *Code criminel* concernant la prostitution, l'article 7 a été plaidé avec succès sous l'angle du droit à la sécurité des travailleuses du sexe et non sous celui de leur droit à la liberté, même si la question du choix de la profession pouvait se poser⁹⁷. Comme l'indique explicitement la Cour suprême, si dans cette affaire l'accent a été mis sur la sécurité et non sur la liberté, c'est en raison des prétentions des demandresses et du précédent créé par le *Renvoi sur la prostitution* qui « fait autorité sur ce point » en ce qui a trait au droit à la liberté⁹⁸.

Dans le *Renvoi sur la prostitution*, les appelants plaidaient que « les dispositions contestées [du *Code criminel*] portent atteinte à la liberté des prostitués en ne leur permettant pas d'exercer la profession qu'ils

93. *R c Jones*, [1986] 2 RCS 284, 1986 CanLII 32 (CSC).

94. *Wilson c Medical Services Commission* (1988), 30 BCLR (2^e) 1 (CA); *Khaliq-Kareemi (Re)* (1989), 57 DLR (4^e) 505 (NSSC). Voir Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 73 à la p 1108; Peter W Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Student Edition, Toronto, Carswell, 2012 à la p 47-11; Sharpe et Roach, *supra* note 92 à la p 255.

95. 2011 CSC 44 aux para 87 et 90, [2011] 3 RCS 134.

96. *Ibid* aux para 91-92.

97. 2013 CSC 72 au para 58, [2013] 3 RCS 1101.

98. *Ibid* à la p 1134, n 1.

ont choisie»⁹⁹. Bien que la majorité de la Cour ait refusé de se prononcer sur cet argument¹⁰⁰, le juge Lamer, dont les motifs concordent avec ceux de la majorité, le rejette en raison notamment du texte de l'article 7, qui associe la liberté à la vie et à la sécurité, et non à la propriété comme dans la Constitution des États-Unis¹⁰¹. Le juge Lamer affirme alors que « [l]es droits visés à l'art. 7 ne s'étendent pas au droit d'exercer la profession de leur choix »¹⁰², et laisse du même coup entendre que, contrairement à ce qui peut exister en droit états-unien, ils ne comprennent pas la liberté contractuelle. Bien qu'il s'agisse là des propos d'un juge qui s'exprime en son nom personnel, nous retenons que la Cour suprême ne les a toujours pas contredits, alors qu'elle aurait pu le faire notamment à l'occasion des affaires *PHS Community* et *Bedford*. Les propos du juge Lamer nous semblent donc fort pertinents en l'espèce, non seulement parce que le droit de choisir sa profession pourrait présenter une analogie avec celui, hypothétique, de choisir sa langue d'enseignement collégial, mais aussi parce que l'encadrement en question limiterait la possibilité pour certains de conclure un contrat avec un cégep de langue anglaise¹⁰³.

Tout compte fait, dans l'état actuel de la jurisprudence, il ne semble pas que le droit à la liberté, ou même le droit à la sécurité, puissent créer une obligation pour l'État québécois de soutenir financièrement le libre choix de la langue d'enseignement ou de permettre à tous d'avoir accès à un enseignement collégial en anglais. D'autant plus que la disposition exposée dans la partie préliminaire confirme la pleine liberté de tous les étudiants québécois de poursuivre leurs études collégiales dans un établissement privé de langue anglaise ou autre non subventionné par l'État. Reste donc l'argument fondé sur le droit à l'égalité.

99. *Renvoi relatif à l'art 193 et à l'al 195.1(1)c) du Code criminel (Man)*, [1990] 1 RCS 1123 à la p 1162, 1990 CanLII 105 (CSC).

100. Considérant que « l'argument le plus fort quant à la violation de la liberté tient au fait que la loi envisage une peine d'emprisonnement », la Cour estime « qu'il n'est pas nécessaire de décider s'il y a atteinte à un autre aspect, "économique", de la liberté garantie par l'art. 7 ». Elle ajoute même que « cette affaire n'est pas appropriée pour décider si la "liberté" ou la "sécurité de la personne" pourrait jamais s'appliquer à un intérêt qui comporte un élément économique, commercial ou relatif à la propriété » (*ibid* à la p 1140).

101. *Ibid* aux pp 1151–54.

102. *Ibid* à la p 1179.

103. Concernant le fait que la fréquentation d'un cégep suppose la conclusion d'un contrat entre le cégep et l'étudiant, voir notamment *Rhéaume c Collège d'enseignement général et professionnel de Drummondville*, [2003] RJQ 573 (CS) aux para 45 et 61.

B. La validité constitutionnelle de la disposition eu égard au droit à l'égalité

La *Charte canadienne* garantit le droit à l'égalité à son article 15. Le premier paragraphe énonce ce qui suit :

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.

La *Charte québécoise* garantit également le droit à l'égalité, mais dans des termes différents :

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grosseur, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap [notre soulignement].

Nous sommes d'avis, à la lumière de la plus récente jurisprudence, que la disposition exposée dans la partie préliminaire serait vraisemblablement jugée conforme aux chartes des droits et libertés si elle devait être analysée au regard du droit à l'égalité. Mais d'abord, avant même de vérifier sa validité, il y a des raisons de croire qu'un argument fondé sur le droit à l'égalité pourrait être rejeté simplement parce qu'il n'apparaît pas être le moyen approprié pour faire progresser des droits linguistiques.

1. Le droit à l'égalité et les droits linguistiques

En l'absence d'un droit à l'enseignement collégial en anglais enchâssé spécifiquement dans les chartes des droits et libertés, le droit à l'égalité ne pourrait probablement pas servir à créer un tel droit linguistique. Il nous semble que confondre le droit à l'égalité et les droits linguistiques reviendrait à banaliser les seconds, ou même à neutraliser leur utilité. Quel rôle joueraient les droits linguistiques s'il était possible de brandir à tout coup le droit à l'égalité pour obliger l'État à fournir des services publics dans une langue ou dans une autre?

Quelle motivation guiderait le constituant ou le législateur dans l'élaboration des droits linguistiques s'il était possible de toujours faire valoir le droit à l'égalité pour revendiquer de l'État des services publics dans une langue ou dans une autre?

Notons que l'argument inverse se discrédite lui-même. Si le droit à l'égalité pouvait être utilisé pour imposer à l'État l'obligation d'offrir des services publics dans une langue ou dans une autre, pourquoi sa portée devrait-elle être restreinte aux seules langues française et anglaise? Le droit à l'égalité devrait-il contraindre l'État à revoir sa politique linguistique au gré des contestations judiciaires et permettre aux tribunaux de décider lesquels des services devraient être offerts dans une langue ou dans une autre, de même que l'étendue de leur disponibilité? Il revient justement aux droits linguistiques de nommer les langues qui doivent être protégées et lesquels des services publics sont concernés.

Plus spécifiquement, dans le cas de la *Charte canadienne*, confondre le droit à l'égalité et les droits linguistiques reviendrait à faire une lecture sélective des droits et libertés qui y sont prévus. Pourtant, la Cour suprême ne manque pas de rappeler que « [t]outes les parties de la Constitution doivent être interprétées globalement »¹⁰⁴. Ainsi, l'article 15 de la *Charte canadienne*, qui garantit le droit à l'égalité, ne pourrait être lu en faisant abstraction de l'existence des articles 16 à 23 de la même *Charte*, qui prévoient des droits linguistiques¹⁰⁵. Constatant que les articles 16 à 23 ne protègent pas l'enseignement collégial en anglais, il nous semblerait illogique qu'on puisse simplement se rabattre sur l'article 15 pour pallier ce manque¹⁰⁶.

Nous osons un certain parallèle entre la disposition exposée dans la partie préliminaire et la constitutionnalité du projet de loi étudié par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont)*. Dans cette affaire, la Cour confirme la

104. Gosselin 2005, *supra* note 50 au para 2.

105. Voir *Eldridge c Colombie-Britannique (PG)*, [1997] 3 RCS 624 au para 89, 1997 CanLII 327 (CSC); *R v Rodrigue* (1994), 91 CCC (3^e) 455 (YKSC) aux pp 17–24; *Paquette v Canada*, 1987 ABCA 228 au para 35, 46 DLR (4^e) 81; *McDonnell v Fed des Franco-Colombiens* (1986), 31 DLR (4^e) 296 (BCCA) au para 17, 1986 CanLII 927 (BCCA).

106. Dans *Mahe*, la Cour suprême indique qu'il n'y a pas lieu d'utiliser le droit à l'égalité pour interpréter l'article 23 de la *Charte canadienne* (*supra* note 28 à la p 369; voir également *Renvoi sur les écoles publiques (Man)*, *supra* note 28 à la p 857). En l'espèce, nous soutenons qu'il n'y a pas lieu d'utiliser le droit à l'égalité pour pallier le silence de l'article 23 de la *Charte canadienne* concernant l'enseignement collégial.

validité du projet du gouvernement de l'Ontario d'accroître les droits et privilèges des écoles séparées catholiques de niveau secondaire de la province. Ainsi, l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁰⁷ (*LC 1867*) investirait l'Ontario d'un pouvoir exclusif en matière d'éducation, « sous réserve et en conformité » des paragraphes (1) à (4) du même article, ce qui ne l'empêcherait pas d'« acc[r]oître les droits de la minorité en matière d'éducation »¹⁰⁸. La Cour rejette l'argument fondé sur le droit à l'égalité prévu à l'article 15 de la *Charte canadienne* de la façon suivante :

la *Charte [canadienne]* ne porte pas atteinte au traitement spécial que la Constitution garantit aux écoles confessionnelles, séparées ou dissidentes, même s'il s'accorde mal avec le concept de l'égalité enchâssé dans la *Charte [canadienne]* du fait que les autres écoles ne peuvent en bénéficier. À mon avis, on n'a jamais voulu que la *Charte [canadienne]* puisse servir à annuler d'autres dispositions de la Constitution¹⁰⁹.

En l'espèce, rappelons que la disposition exposée dans la partie préliminaire aurait pour effet d'accroître en droit les garanties prévues dans la *CLF* à l'égard de l'enseignement en anglais (nous l'avons souligné d'entrée de jeu, le choix de la langue d'enseignement collégial n'est pas légalement encadré à l'heure actuelle). De même, la Cour suprême a confirmé à plus d'une reprise le pouvoir d'une province d'offrir davantage que le minimum requis par la *Charte canadienne* en matière d'enseignement dans la langue de la minorité¹¹⁰. Le Québec agirait ainsi en fonction du pouvoir exclusif en matière d'éducation que lui confère l'article 93 de la *LC 1867*, sans porter atteinte aux droits enchâssés à l'article 23 de la *Charte canadienne*. Si l'argument fondé sur l'article 15 de la *Charte canadienne* a été rejeté dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont)*, nous pouvons

107. *Supra* note 74.

108. *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont)*, [1987] 1 RCS 1148 à la p 1171, 1987 CanLII 65 (CSC), juge Wilson.

109. *Ibid* à la p 1197, juge Wilson; à la p 1207, juge Estey; à la p 1209, juge Lamer. De l'avis de la juge Wilson, l'article 29 de la *Charte canadienne*, selon lequel « [l]es dispositions de la présente charte ne portent pas atteinte aux droits ou privilèges garantis en vertu de la Constitution du Canada concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles », n'était pas nécessaire pour atteindre ce résultat. Il aurait été enchâssé uniquement pour assurer une plus grande certitude. (*ibid* à la p 1163).

110. *Yukon*, *supra* note 25 au para 70; *Mahe*, *supra* note 28 à la p 379; *Renvoi sur les écoles publiques (Man)*, *supra* note 28 à la p 864.

croire que le même argument serait tout autant rejeté s'il était utilisé pour contester la disposition exposée dans la partie préliminaire.

Dans le cas de la *Charte québécoise*, confondre le droit à l'égalité et les droits linguistiques reviendrait à ignorer que le législateur québécois ne parle pas pour ne rien dire¹¹¹. C'est à la *CLF* qu'il accorde le soin de définir les droits linguistiques, et non à la *Charte québécoise*. Lorsque le législateur indique dans la *Loi d'interprétation* que « [l]es lois doivent s'interpréter, en cas de doute, de manière à ne pas restreindre le statut du français »¹¹², le législateur confirme qu'il entend faire de la *CLF* une loi fondamentale. C'est du moins l'opinion du professeur Pierre-André Côté, qui souligne du même coup qu'il faut présumer que le législateur québécois n'entend pas déroger aux règles prévues dans une loi fondamentale¹¹³. Selon Côté, « [c]omme le statut du français est en grande partie fixé par la *Charte de la langue française*, cette loi est ainsi appelée à servir de guide pour l'interprétation de toutes les autres lois »¹¹⁴. Dans l'hypothèse d'un encadrement du droit à l'enseignement collégial en anglais dans la *CLF*, il nous semblerait illogique qu'on puisse se saisir du droit à l'égalité de la *Charte québécoise* pour créer de nouveaux droits linguistiques au-delà de ce qu'aurait déjà prévu le législateur dans la *CLF*.

De plus, à l'heure actuelle, les tribunaux canadiens et québécois refusent d'utiliser le droit à l'égalité garanti par les chartes des droits et libertés pour faire avancer des droits linguistiques de la nature d'un droit à des services publics dans une langue ou dans une autre. Les auteurs ne manquent pas de le souligner¹¹⁵. Dans *Lalonde*, la Cour d'appel de l'Ontario refuse d'utiliser le droit à l'égalité pour obliger l'Ontario à maintenir l'Hôpital Montfort et ses services en français dans la région d'Ottawa. Elle retient que « l'article 15 de la *Charte [canadienne]* ne peut être utilisé comme porte de sortie pour améliorer les droits linguistiques au-delà de ce qui est prévu dans d'autres dispositions de la *Charte [canadienne]* »¹¹⁶. De même, le droit à l'égalité ne peut « être invoqué pour ajouter des droits linguistiques que la *Charte*

111. *Loi d'interprétation*, RLRQ c I-16, art 49.

112. *Ibid*, art 40.

113. Pierre-André Côté avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat, *Interprétation des lois*, 4^e éd, Montréal, Thémis, 2009 aux pp 438–40.

114. *Ibid* à la p 440.

115. Voir Michel Bastarache, « Le principe d'égalité des langues officielles » dans Bastarache et Doucet, *supra* note 44, 89 aux pp 107–08, 110; José Woehrling, « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé » (2003-2004) 34 RDU 91 aux pp 125–28.

116. *Lalonde*, *supra* note 60 au para 96.

[canadienne] n'a pas déjà accordés expressément »¹¹⁷. Dans *Westmount*, la Cour d'appel du Québec refuse d'utiliser le droit à l'égalité pour invalider une loi qui fusionne à la Ville de Montréal des villes composées de fortes proportions d'anglophones, même si cela pourrait hypothétiquement réduire l'offre de services publics en anglais¹¹⁸.

Rappelons que les tribunaux ont invoqué à deux reprises le droit à l'égalité pour invalider des dispositions de la *CLF*. Dans *Ford*¹¹⁹ et *Devine*¹²⁰, le litige portait sur la constitutionnalité des dispositions de la *CLF* encadrant l'usage des langues dans l'affichage public, la publicité commerciale et les noms d'entreprise. La Cour suprême ordonnait au législateur de s'abstenir d'intervenir dans « l'usage privé externe »¹²¹ des langues afin de permettre aux personnes qui le désirent d'utiliser la langue anglaise. Il n'était donc pas question d'exiger de l'État québécois qu'il modifie sa politique linguistique sur « l'usage officiel »¹²² de la langue et qu'il fournisse des services publics dans une langue ou dans une autre.

Tout bien considéré, le droit à l'égalité ne pourrait probablement pas soutenir un droit à l'enseignement collégial en anglais. Quoi qu'il en soit, nous poursuivons notre analyse afin de déterminer ce qui adviendrait si la validité de la disposition exposée dans la partie préliminaire devait être analysée au regard du droit à l'égalité.

2. *La disposition et la discrimination au sens où l'entend la Charte canadienne*

Dans l'arrêt *Québec c A*, la Cour suprême revoit le cadre général d'analyse applicable à l'article 15(1) de la *Charte canadienne*¹²³. Selon

117. *Ibid.*

118. *Westmount*, *supra* note 41.

119. *Ford*, *supra* note 82.

120. *Devine*, *supra* note 75.

121. L'expression est du professeur José Woehrling : l'usage privé externe « se rapporte à la langue que les personnes privées emploient quand elles s'expriment en public ou lorsqu'elles s'adressent à un public. Il comprend notamment tout le domaine de la vie économique, comme l'affichage commercial ou l'étiquetage des produits de consommation » (José Woehrling, « Les concepts juridiques mis en œuvre en matière de politique linguistique » (2010) 16:3 *Télescope* 22 à la p 24).

122. « L'usage officiel des langues concerne l'exercice des fonctions étatiques et les relations de l'État avec les citoyens; il porte sur des domaines comme la langue des tribunaux, des lois et des règlements, de l'instruction publique et des services gouvernementaux » (*ibid.*).

123. *Québec (PG) c A*, 2013 CSC 5 aux para 185, juge LeBel; 325, juge Abella; 385, juge Deschamps; 416 et 418, juge McLachlin, [2013] 1 RCS 61.

la juge Abella, dont l'approche finira par s'imposer¹²⁴, le demandeur doit démontrer deux choses pour faire la preuve d'une violation du droit à l'égalité : 1) que la disposition contestée « crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue »¹²⁵ et 2) que la disposition contestée « ne répond pas aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe et leur impose plutôt un fardeau ou leur nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage dont ils sont victimes »¹²⁶. À cette deuxième étape, l'analyse est axée sur les désavantages arbitraires ou discriminatoires.

En l'espèce, on pourrait alléguer que la disposition exposée dans la partie préliminaire constitue une distinction fondée sur un motif analogue, en l'occurrence la langue¹²⁷. De tous les étudiants qui risqueraient d'être dirigés vers des cégeps de langue française alors qu'en l'absence de la disposition en cause, ils auraient autrement choisi de poursuivre leurs études dans un cégep de langue anglaise, il appert que les étudiants francophones et allophones seraient les plus touchés¹²⁸. Dans *Forget c Québec (PG)*, la Cour suprême reconnaît, dans le

124. Suivant l'arrêt *Québec (PG) c A*, *ibid*, une certaine controverse perdurait : était-ce l'approche du juge LeBel ou celle de la juge Abella sur l'article 15(1) qui avait rallié une majorité des membres de la Cour? Voir Michelle Biddulph et Dwight Newman, « Equality Rights, Ratio Identification, and the Un/Predictable Judicial Path Not Taken: Quebec (Attorney General) v A and R v Ibanescu » (2015) 48 UBC L Rev 1. Dans l'affaire *R v TMB*, 2013 ONSC 4019 au para 26, la Cour supérieure de l'Ontario semble même d'avis que tous les juges dans *Québec (PG) c A* partagent la même opinion, soit celle exprimée par le juge LeBel, sur le cadre général d'analyse applicable à l'article 15(1). Or, l'arrêt *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, rendu par la juge Abella, met fin à toute controverse qui aurait pu exister : c'est l'approche de la juge Abella qui représente l'opinion de la Cour.

125. *Ibid* au para 19.

126. *Ibid* au para 20.

127. Il n'est pas impossible que la langue soit un jour reconnue comme un motif analogue à ceux déjà énumérés. Un motif analogue est un motif de discrimination fondé « non pas sur le mérite de l'individu, mais plutôt sur une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle », ou fondé sur des caractéristiques « que le gouvernement ne peut légitimement s'attendre que nous changions pour avoir droit à l'égalité de traitement garantie par la loi » (*Corbière c Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 RCS 203 au para 13, 1999 CanLII 687 (CSC)). Dans l'affaire *Entreprises WFH*, la Cour supérieure présume que la langue constitue un motif de discrimination analogue (*R c Entreprises WFH Ltée*, [2000] RJQ 1222 (CS) à la p 1250, conf par [2001] RJQ 2557 (CA), autorisation de pourvoi à la CSC rejetée, [2001] CSCR n° 625). Dans *Gosselin*, la Cour suprême prend connaissance des motifs du juge Bellavance de la Cour supérieure dans l'affaire *Entreprises WFH*, mais refuse de « pousser plus loin l'analyse » (*Gosselin 2005*, *supra* note 50 au para 12).

128. Selon les statistiques du ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport, 2,7 % des enfants francophones, 14,6 % des enfants allophones et 75,5 % des enfants anglophones recevaient au

contexte de la *Charte québécoise*, qu'une distinction fondée sur le nombre d'années d'enseignement constitue une distinction fondée sur la langue¹²⁹. Par analogie, nous pouvons supposer que la disposition exposée dans la partie préliminaire, qui retient notamment l'instruction reçue par l'un des parents et la continuité d'emploi de la langue d'instruction comme critères pour garantir l'enseignement collégial en anglais, pourrait également être considérée comme une distinction fondée sur la langue. Reste donc à savoir si elle constituerait une distinction discriminatoire. Car comme l'indiquent deux auteures, « *governments do not have positive obligations to introduce particular benefit schemes under the Charter, but once such schemes have been created, they cannot be discriminatory about who is included* »¹³⁰.

Selon nous, si les tribunaux décidaient d'écarter les précédents qui illustrent leur réticence à utiliser le droit à l'égalité pour faire avancer les droits linguistiques, la disposition exposée dans la partie préliminaire pourrait être jugée discriminatoire. D'une part, on alléguerait qu'elle « ne répond pas aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe » concerné. Elle obligerait généralement des francophones et des allophones désireux de poursuivre des études collégiales de fréquenter un cégep de langue française, alors que ces étudiants, qui possèdent déjà une connaissance du français de par leur fréquentation du réseau d'enseignement primaire et secondaire de langue française, sont ceux qui considéreraient avoir « besoin » de fréquenter un cégep de langue anglaise pour parfaire leur connaissance de cette langue. D'autre part, on relèverait que la mesure a « pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage dont ils sont victimes ». Elle retirerait le libre choix de la langue d'enseignement collégial à des étudiants qui étaient déjà mis à l'écart du libre choix, eux qui n'ont pu généralement fréquenter une école primaire ou

Québec l'enseignement préscolaire, primaire et secondaire en anglais pendant l'année scolaire 2010-2011. Ces statistiques sont le reflet des dispositions de la CLF encadrant actuellement l'enseignement primaire et secondaire. Puisque la disposition exposée dans la partie préliminaire reprend pour le collégial les mêmes critères, il y a lieu de présumer que son adoption permettrait approximativement à 2,7 % des étudiants francophones, 14,6 % des étudiants allophones et 75,5 % des étudiants anglophones de poursuivre des études collégiales en anglais. La disposition exposée dans la partie préliminaire créerait donc une distinction fondée sur la langue : elle refuserait à une proportion importante de francophones et d'allophones une possibilité offerte à une proportion importante d'anglophones (*Indicateurs linguistiques, supra* note 78 à la p 12).

129. *Forget c Québec (PG)*, [1988] 2 RCS 90 au para 17, 1988 CanLII 51 (CSC), juge Lamer, pour la majorité.

130. Jennifer Koshan et Jonnette Watson Hamilton, « The Continual Reinvention of Section 15 of the Charter » (2013) 64 RD UN-B 19 à la p 27.

secondaire de langue anglaise du fait que leurs parents ne possédaient pas eux-mêmes le libre choix de la langue d'enseignement.

Si la disposition exposée dans la partie préliminaire était jugée discriminatoire, nous croyons toutefois que sa validité serait confirmée par une preuve démontrant qu'elle se justifie « dans le cadre d'une société libre et démocratique », tel que l'énonce l'article premier de la *Charte canadienne*¹³¹.

D'abord, il ne fait aucun doute que l'objectif poursuivi serait jugé suffisamment important pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte canadienne*. Dans l'arrêt *Ford*, la Cour suprême reconnaît « 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 »¹³², « que la politique linguistique sous-tendant la *Charte de la langue française* vise un objectif important et légitime »¹³³. De même, dans l'arrêt *Nguyen*, la Cour suprême admet que « la règle fondamentale relative à la langue d'enseignement au Québec [...] exprime un choix politique valide »¹³⁴. En conséquence, nous croyons que l'importance et la légitimité de la mesure exposée en l'espèce, inscrite dans la même *CLF* et reprenant la même règle sur la langue d'enseignement, mais appliquée dorénavant au niveau collégial, pourraient être démontrées sans trop de difficulté.

Ensuite, la preuve du lien rationnel, c'est-à-dire qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif poursuivi par la loi et les moyens choisis par l'État, pourrait être faite par une mise en contexte historique de l'encadrement du choix de la langue d'enseignement au Québec.

En 1977, au moment de son adoption, la *CLF* était une réponse à une réalité documentée. Les parents allophones inscrivaient massivement leurs enfants à l'école anglaise¹³⁵ et on craignait que les parents francophones n'emboîtent le pas et tendent de plus en plus à faire de même. L'État québécois se trouvait alors en pleine contradiction : il

131. Le test de l'article premier est élaboré dans l'arrêt *R c Oakes*, [1986] 1 RCS 103, 1986 CanLII 46 (CSC).

132. *Ford*, *supra* note 82 au para 72.

133. *Ibid* au para 73.

134. *Nguyen*, *supra* note 23 au para 38.

135. En 1976-1977, 79,7 % des enfants de parents allophones recevaient au Québec l'enseignement préscolaire, primaire et secondaire en anglais. Sur l'île de Montréal, ils étaient 86,7 % (*Indicateurs linguistiques*, *supra* note 78 à la p 12).

affirmait d'un côté avoir le français pour langue officielle¹³⁶, mais entretenait de l'autre un système scolaire favorisant les transferts linguistiques vers l'anglais pour les allophones et l'assimilation linguistique et culturelle pour les francophones. L'Assemblée nationale du Québec a donc adopté la *CLF* pour corriger la situation. La fin du libre choix de la langue d'enseignement aux niveaux primaire et secondaire était le signal ultime de la volonté du législateur de rassembler les francophones et les immigrants dans les mêmes écoles et de garantir l'enseignement en anglais pour les anglophones. La *CLF* s'est par la suite conformée aux obligations constitutionnelles découlant de l'entrée en vigueur de l'article 23 de la *Charte canadienne* en 1982.

Presque 40 ans plus tard, la disposition exposée dans la partie préliminaire pourrait être une nouvelle réponse à une réalité documentée. Les étudiants allophones choisissent dans des proportions importantes de poursuivre leurs études collégiales en anglais¹³⁷, et les étudiants francophones tendent de plus en plus à faire de même¹³⁸. Considérant l'effet anglicisant des cégeps de langue anglaise sur les comportements des étudiants pendant et après leurs études¹³⁹, il semble raisonnable de croire à l'existence d'un lien rationnel entre l'objectif de la *CLF* et l'encadrement de la langue d'enseignement au collégial. Même que le législateur appuierait sa mesure sur la logique véhiculée par l'article 23 de la *Charte canadienne*.

Enfin, il semble raisonnable de croire convaincante la preuve que les moyens choisis portent minimalement atteinte au droit en cause, et ce, d'autant plus si l'encadrement du choix de la langue d'enseignement collégial était accompagné du pouvoir ministériel discrétionnaire exposé précédemment. Nous l'avons vu, la mesure ne devrait pas avoir d'incidence sur l'accessibilité à l'enseignement collégial en anglais pour les ayants droit dans la région de Montréal du fait que le bassin d'étudiants admissibles demeurerait important et garantirait vraisemblablement le maintien des programmes d'études dans cette région,

136. Depuis 1974 (*Loi sur la langue officielle*, LQ 1974, c 6, art 1).

137. En 2010, 47 % des cégépiens allophones recevaient l'enseignement collégial en anglais (*Indicateurs linguistiques*, *supra* note 78 à la p 27).

138. La tendance des cégépiens francophones à choisir l'enseignement collégial en anglais est en progression. De 1981 à 2010, ils sont passés de 2,9 % à 5,8 % à faire un tel choix (*ibid* à la p 26).

139. Sabourin, Dupont et Bélanger, *supra* note 81. Dans cette étude, à la page 10, ces auteurs relèvent en conclusion que « [l]a socialisation des jeunes d'aujourd'hui franchit une étape importante à l'âge des études collégiales : les étudiants tissent leurs premiers réseaux de contacts, obtiennent leurs premiers emplois sérieux, forment des couples ».

même si une restructuration du réseau devait avoir lieu. Or, c'est dans cette région du Québec que la vitalité du français est la plus préoccupante¹⁴⁰ et que la fréquentation des cégeps de langue anglaise par un nombre important de francophones et d'allophones peut paraître inquiétante considérant la corrélation entre l'anglais comme langue d'enseignement au cégep et l'utilisation de l'anglais dans l'espace public¹⁴¹. Ainsi, d'un côté, la mesure augmenterait la fréquentation des institutions de langue française et donc l'utilisation de cette langue à Montréal sans menacer la possibilité pour un anglophone de cette région de poursuivre ses études collégiales en anglais. De l'autre, en incluant un pouvoir ministériel discrétionnaire permettant que soit admis à l'enseignement collégial en anglais, sous conditions et à la demande d'un cégep de langue anglaise, le nombre d'étudiants n'y ayant pas droit que le ministre juge nécessaire pour que l'enseignement collégial en anglais demeure offert dans une région du Québec, on garantirait la survie des institutions qui seraient jugées essentielles à l'épanouissement des communautés de langue anglaise à l'extérieur de la région de Montréal. Il y a là également une preuve que les effets de la mesure sur les droits protégés par la *Charte canadienne* seraient probablement jugés proportionnés à l'objectif poursuivi par l'État.

En terminant, rappelons que le caractère possiblement discriminatoire de la disposition exposée dans la partie préliminaire découle en partie du respect par la législation québécoise des impératifs de l'article 23 de la *Charte canadienne*. La CLF a actuellement pour règle générale l'enseignement en français pour l'école primaire et secondaire et son article 73 a pour objet « de mettre en œuvre l'obligation constitutionnelle positive qui incombe à toutes les provinces d'offrir à leur minorité linguistique l'enseignement dans la langue de cette minorité »¹⁴². Ainsi, si on alléguait que la disposition en cause ne répond pas « aux besoins concrets des membres du groupe » (soit celui de parfaire

140. Dans l'arrêt *Nguyen*, *supra* note 23 au para 39, la Cour suprême cite ce passage d'un rapport produit par l'Office québécois de la langue française : « 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 ». (Québec, Office québécois de la langue française, *Rapport sur l'évolution de la situation linguistique au Québec, 2002-2007, 2008 à la p 47*).

141. Sabourin, Dupont et Bélanger, *supra* note 81.

142. *Gosselin 2005*, *supra* note 50 au para 16.

leur connaissance de l'anglais) ou d'avoir pour effet de renforcer « le désavantage dont ils sont victimes » (soit d'être à nouveau mis à l'écart du libre choix de la langue d'enseignement), il faudrait du même coup souligner que c'est l'article 23 de la *Charte canadienne* qui permet au régime scolaire québécois de prendre forme tel qu'il existe¹⁴³. Comme l'article 23 ne peut être contesté sur la base du droit à l'égalité, car il n'existe aucune hiérarchie des droits constitutionnels¹⁴⁴, contester la disposition exposée dans la partie préliminaire pourrait s'apparenter pour les demandeurs à faire indirectement ce qu'ils ne peuvent faire directement.

L'encadrement du choix de la langue d'enseignement au collégial, qui pourrait possiblement être jugé discriminatoire en vertu de l'article 15 de la *Charte canadienne*, serait ainsi vraisemblablement maintenu considérant qu'il se justifie « dans le cadre d'une société libre et démocratique » au sens où l'entend l'article premier de la même Charte. Si l'exercice du pouvoir discrétionnaire pouvait donner lieu à une contestation en vertu du droit à l'égalité, cette question demeure pour l'instant purement hypothétique puisque nous n'avons aucune indication justifiant que nous puissions présumer que ce pouvoir serait exercé en contravention des droits de la personne. Ne reste que l'argument fondé sur la *Charte québécoise*.

3. La disposition et l'exercice des droits et libertés prévus dans la *Charte québécoise*

Pour être discriminatoire au sens où l'entend la *Charte québécoise*, une distinction doit avoir pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne. Ainsi, « le droit à l'égalité prévu à l'article 10 n'est pas un droit autonome; il doit être rattaché à un autre droit »¹⁴⁵.

En l'espèce, la disposition exposée dans la partie préliminaire créerait une distinction fondée sur la langue. Outre le droit à la liberté, argument que nous avons déjà écarté, on pourrait alléguer que cette

143. Dans *Gosselin*, en Cour supérieure, le juge Laramée va jusqu'à affirmer que la fréquentation des écoles primaires et secondaires anglaises par les non-anglophones comme moyen d'apprentissage de l'anglais est contraire à l'article 23 (*Gosselin (Tuteur) c Québec (PG)*, [2000] RJQ 2973 (CS) à la p 3010, conf par [2000] RJQ 1298 (CA), conf par 2005 CSC 15 au para 31.

144. *Gosselin 2005*, *supra* note 50 au para 26.

145. *Gosselin (Tuteur) c Québec (PG)*, [2002] RJQ 1298 au para 40 (CA), conf par 2005 CSC 15.

disposition détruit ou compromet le droit prévu à l'article 12 de la *Charte québécoise* :

12. Nul ne peut, par discrimination, refuser de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public.

En dirigeant vers les cégeps de langue française des étudiants qui autrement auraient choisi de poursuivre leurs études collégiales en anglais, on pourrait soulever que l'État interdirait ainsi aux cégeps de langue anglaise de conclure avec ces étudiants un acte juridique, en violation de ce que prescrit l'article 12. Or, la Cour d'appel du Québec retient de l'acte juridique la définition qui lui est accordée en droit civil : « *Such an act [juridical act] is the manifestation of the will of a person to create or modify obligations, such as entering into a contract or making a will* » [notre soulignement]¹⁴⁶. Par conséquent, en écartant l'inscription d'un étudiant qui ne se qualifierait pas pour l'enseignement en anglais en vertu de la disposition exposée dans la partie préliminaire, le cégep de langue anglaise ne se trouverait pas à refuser de conclure un acte juridique, puisqu'il s'agirait pour lui uniquement d'appliquer ou de respecter la loi. Le raisonnement de la Cour d'appel fait dire aux auteurs que « tous les services offerts par l'administration publique en application d'une loi plutôt que par le fait de sa propre volonté »¹⁴⁷ seraient exclus du champ d'application de l'article 12 de la *Charte québécoise*. Ce dernier ne serait donc d'aucune utilité en l'espèce.

Quoi qu'il en soit, advenant l'adoption de la disposition législative en cause, nous sommes d'avis que l'enseignement collégial en anglais ne serait plus un service « ordinairement offert au public ». L'encadrement de la langue d'enseignement au niveau collégial n'aurait donc pas pour effet de détruire ou de compromettre l'exercice en pleine égalité d'un droit de la personne prévu dans la *Charte*. Autrement, toute l'analyse relative à la justification de la mesure dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens où l'entend l'article premier de la *Charte canadienne* s'appliquerait *mutatis mutandis* dans le cadre d'une analyse en vertu de l'article 9.1 de la *Charte québécoise*¹⁴⁸.

146. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Québec (PG)*, [2006] RJQ 2706 à la p 2718, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, [2007] CSCR n° 30.

147. Mélanie Samson, « Le droit à l'égalité dans l'accès aux biens et aux services : l'originalité des garanties offertes par la *Charte québécoise* » (2008) 38 RDUS 413 à la p 431; Alexandre Morin, *Le droit à l'égalité au Canada*, Montréal, LexisNexis, 2008 à la p 158.

148. Pour l'application du test de l'article premier de la *Charte canadienne* à l'article 9.1 de la *Charte québécoise*, voir *Ford*, *supra* note 82 au para 63.

CONCLUSION

Dans les années à venir, la question de la langue d'enseignement collégial risque fort de revenir dans l'actualité. Le parti qui forme l'opposition officielle à l'Assemblée nationale devra se demander s'il conserve dans son programme l'engagement d'étendre aux cégeps les dispositions de la *CLF*. À cette occasion, il invitera inévitablement les autres partis et nombre d'experts, dont des juristes, à prendre de nouveau position. Le présent article se veut une contribution à ce débat du point de vue du droit.

À notre avis, dans l'état actuel de la jurisprudence canadienne et québécoise, encadrer la langue d'enseignement collégial en y appliquant les dispositions de la *CLF* actuellement réservées aux écoles primaires et secondaires respecterait vraisemblablement les droits de la personne. La validité constitutionnelle d'une telle réforme serait sans doute confirmée au regard de l'article 23 de la *Charte canadienne*, du principe constitutionnel sous-jacent de la protection des droits des minorités, du droit à la liberté et du droit à l'égalité prévus dans les chartes canadienne et québécoise. Un pouvoir ministériel discrétionnaire permettant que soit admis à l'enseignement collégial en anglais, sous conditions et à la demande d'un cégep de langue anglaise, le nombre d'étudiants n'y ayant pas droit, que le ministre juge nécessaire pour que l'enseignement collégial en anglais demeure offert dans une région du Québec, rajouterait encore davantage de certitude à notre conclusion.

Cependant, bien que notre analyse tienne compte des développements jurisprudentiels pertinents les plus récents, il n'est pas impossible que des développements subséquents viennent changer la donne¹⁴⁹. Par exemple, théoriquement, le droit à la liberté pourrait un jour s'étendre à la liberté de choisir sa langue d'enseignement collégial. Mais ce qui nous paraît encore plus invraisemblable, c'est que l'article 23 de la *Charte canadienne* puisse un jour rendre invalide une telle réforme. Cela signifie donc que les seuls articles des chartes canadienne et québécoise qui pourraient peut-être un jour évoluer de manière à rendre la réforme envisagée invalide sont des articles qui, contrairement à cet article 23, peuvent être neutralisés par le

149. Notons également que notre analyse n'étudie pas les arguments pouvant être fondés sur le droit international. Voir à cet effet José Woehrling, « Les droits des minorités linguistiques et culturelles en cas d'éventuelle accession du Québec à la souveraineté » (1994) 28 RJT 1035.

législateur en vertu de la clause dérogatoire de l'article 33 de la *Charte canadienne* ou de l'article 52 de la *Charte québécoise*.

Par conséquent, nous croyons que nos conclusions pourraient servir à recentrer le débat : puisque les arguments constitutionnels ne pourraient bloquer un législateur décidé à appliquer les règles de la *CLF* au niveau collégial, les opposants à cette idée auraient intérêt à se concentrer sur des arguments autres que juridiques. Ultimement, le débat sera sans doute tranché en fonction de motivations plus politiques que juridiques.