

Constitutional  
*forum*  
constitutionnel

 CENTRE *for* CONSTITUTIONAL STUDIES  
*Centre d'études constitutionnelles*



# Constitutional Forum constitutionnel

*Editor:*

Greg Clarke

*Production:*

Amber Holder

*Student Editor:*

Alexandra Bailey

Natasha Dubé

*Subscriptions*

**Canadian Orders:**

\$46.20 CDN (includes 5% GST) per volume  
(3 issues)

**US and other international orders:**

\$44.00 USD per volume (3 issues)

For information about subscriptions and back issues, contact:

Amber Holder

aholder@law.ualberta.ca

(780) 492-5681

*Constitutional Forum constitutionnel* is published three times per year by the Centre for Constitutional Studies/Centre d'études constitutionnelles with the generous support of the Alberta Law Foundation.

Alberta **LAW**  
**FOUNDATION**

*Constitutional Forum constitutionnel* is indexed in: **Index to Canadian Legal Periodical Literature**, **Index to Canadian Legal Literature**, and **Current Law Index**.

ISBN: 978-0-9695906-8-2

PUBLICATION MAIL AGREEMENT #4006449667

**Centre for Constitutional Studies**

*Management Board*

- Eric Adams
- Mr. Justice Ronald Berger
- Peter Carver, Deputy Chair
- L. Christine Enns
- Judith A. Garber, Chair
- Lois Harder
- Donald Ipperciel
- Janet Keeping
- Ritu Kullar
- Randall Morck
- George Pavlich
- Pat Paradis
- Bronwyn Shoush

*Staff*

- Greg Clarke, Executive Director
- Terry Romaniuk, Program Manager
- Amber Holder, Administrator

**Centre for Constitutional Studies**

448D Law Centre

University of Alberta

Edmonton, AB T6G 2H5

Canada

(780) 492-5681 (phone)

(780) 492-9959 (fax)

ccs@law.ualberta.ca

[www.law.ualberta.ca/centres/ccs](http://www.law.ualberta.ca/centres/ccs)

 CENTRE for CONSTITUTIONAL STUDIES  
*Centre d'études constitutionnelles*

## Submissions

*Constitutional Forum constitutionnel* publishes works, in English or French, of interest to a broad readership. We welcome essays, original research, case comments, and revised versions of oral presentations pertaining to constitutions and constitutionalism. Manuscripts addressing current issues and cases are particularly encouraged.

Submissions should be 3000-6000 words in length and can be accepted as Word or WordPerfect files. The final decision about publication rests with the Editor.

### Article Submission

Submissions and inquiries about publication should be directed to the Editor:

Greg Clarke, PhD  
Centre for Constitutional Studies  
448E Law Centre  
University of Alberta  
Edmonton, AB T6G 2H5  
Canada

gclarke@law.ualberta.ca  
(780) 492-8281

### Format

The text of all manuscripts should be double-spaced, with margins of at least 1 inch on all sides.

### Citations

*Forum* citation style is based on the *Canadian Uniform Guide to Legal Citation (McGill Guide)*, 6th ed., but generally avoids abbreviations. When referencing court rulings, wherever available include parallel citations to free online sources (CanLII, FindLaw, BAILII, etc.) in addition to citations to printed reporters. Wherever possible, please cite paragraphs rather than page numbers.

The official style sheet for *Constitutional Forum constitutionnel* is available at:

<http://www.law.ualberta.ca/centres/ccs/Journals/Submissions.php>

### Spelling

Follow the *Canadian Oxford Dictionary* for English spelling; for French spelling, follow *Multidictionnaire de la langue française*, 4e éd.

### Usage and Style

For submissions in English, follow *The Chicago Manual of Style*, 15th ed.; for submissions in French, follow *Multidictionnaire de la langue française*, 4e éd.

Please note that manuscripts that do not conform to the fundamentals of *Forum* style may be returned to the authors for revision.

## A Note on Sources

Increasingly, legal materials are available online through free services offered by Legal Information Institutes (LIIs)/Instituts d'information juridique (IJs) as well as by courts themselves. One can search for and obtain court rulings (and related briefs, transcripts of oral arguments, etc.), legislation, constitutions, and other official documents or secondary sources. The more recent the materials, the more likely that they can be retrieved through a LII site.

In *Constitutional forum constitutionnel*, endnote references to court rulings indicate whether the case is available from a free online source by the presence of a LII reference in the case citation (or a reference to a similar database). Unless otherwise indicated in the endnote, the reference is to material in English or French.

Databases include:

- CanLII (Canada) <<http://www.canlii.org>> (English)
- IJCan (Canada) <<http://www.ijcan.org>> (français)
- LexUM (Canada) <<http://www.lexum.umontreal.ca>>
- LII (United States) <<http://www.law.cornell.edu>>
- SCOTUS (United States Supreme Court) <<http://www.supremecourtus.gov>>
- FindLaw (United States) <<http://www.findlaw.com/casecode/>>
- BAILII (British, Irish, and European Union) <<http://www.bailii.org>>
- CommonLII (Commonwealth) <<http://www.commonlii.org>>
- SAFLII (Southern Africa) <<http://www.saflii.org>>
- Droit francophone (La francophonie) <<http://portail.droit.francophonie.org>>
- HKLII (Hong Kong) <<http://www.hklii.org>>
- AustLII (Australasia) <<http://www.austlii.edu.au>>
- PacLII (Pacific Islands) <<http://www.paclii.org>>
- NZLII (New Zealand) <<http://www.nzlii.org>>
- WorldLII covers some additional countries and links to all LII services <<http://www.worldlii.org>>

Dozens of individual countries' legal databases can also be accessed through WorldLII <<http://www.worldlii.org/catalog/2172.html>>.



# *table of contents*

- 39      **Where did Trudeau go wrong? On  
the Question of Nationalism and  
Charter Patriotism in Canada**  
*Donald Ipperciel*
- 49      **The Constitution Act, 1982 and the  
Crown: Twenty-Five Years Later**  
*Kenneth Munro*
- 59      **Les droits linguistiques et la Charte : vingt-  
cinq années de progression vers l'égalité?  
Une perspective de l'Ouest canadien**  
*Michel Doucet*
- 69      **La signification de l'article 23 de la Charte  
et son étendue aujourd'hui dans les  
communautés minoritaires francophones :  
vers une transculturalité réelle**  
*Paul Dubé*





# *Where did Trudeau go wrong? On the Question of Nationalism and Charter Patriotism in Canada*

**Donald Ipperciel\***

## **Introduction**

In an attempt to overcome national rivalries, many will invoke the idea of constitutional patriotism. This idea, which serves as a collective cement, is conceived as a rational commitment and loyalty towards the democratic and universal principles of liberal constitutions. The universalism of constitutional principles serves as a shield against national particularisms. Indeed, this was precisely the intention of Jürgen Habermas, one of the most famous advocates of constitutional patriotism. With this political idea, Habermas set out to defeat Teutonic nationalism and its antimodern and chauvinistic manifestations. If nationalist passions can be subdued, it would be with the help of such a “postnational” attitude.

For Habermas, and political thinkers in general, the United States represents the model *par excellence* of such a constitutional patriotism.<sup>1</sup> However, the concept also has a Canadian version that is seldom highlighted in this connection, namely, “*Charter* patriotism.”<sup>2</sup> This Canadian version of constitutional patriotism is also presented, by all participants in the debate, as antagonistic to nationalisms and particularisms of all kinds.

For my part, I argue the following thesis: constitutional patriotism — and hence *Charter* patriotism — should not be perceived as the negation of and potential substitute for

nationalism since its purpose is not to address the functions of the nation, but rather those of the state. As will be demonstrated, constitutional patriotism and nationalism operate on different levels, and follow different logics. At best, *Charter* patriotism can, if one adheres to the perspective defended in this article, be superimposed onto nationalism, thereby meeting the distinct need for unity in the Canadian multinational state.

I support this thesis mainly through theoretical demonstration, but this demonstration will be based on some empirical findings. To prepare for this demonstration, I will briefly explore the nature of the concept of constitutional patriotism as it originally appeared in the work of Dolf Sternberger and Habermas. And since constitutional patriotism Canadian-style first took shape in Pierre Elliott Trudeau’s writings, I will focus particular attention on these, approaching *Charter* patriotism as a specifically Canadian manifestation of constitutional patriotism. In spite of the failure of *Charter* patriotism as a symbol of Canadian unity, I will nonetheless outline a certain Québec paradox allowing for the coexistence of separatist thoughts with a strong attachment to the Canadian Constitution. I believe this paradox can be untangled with the help of my working thesis.

## Nature of constitutional patriotism in Habermas

The phrase “constitutional patriotism” was coined at the end of the 1970s by Dolf Sternberger (1907-1989), a central figure in German political science after the Second World War. For Sternberger, constitutional patriotism is above all an analytical *and* historical concept. Because the national sentiment of Germans had been wounded by their recent Nazi past and by the country’s East-West split, it no longer sufficed for the construction of political identity.<sup>3</sup> In response to this situation, Sternberger claimed that “we do not live in a full Germany, but we live in a full constitution, a fully constitutional state, and that too is a kind of fatherland.”<sup>4</sup> Constitutional patriotism thus fulfilled a particular need in postwar Germany.

Habermas readily admits to borrowing the concept of constitutional patriotism from Sternberger and thus acknowledges its originally descriptive character.<sup>5</sup> As did the latter, Habermas understands this new identity conferred by constitutional patriotism as a form of distancing from a “past centered on national history.”<sup>6</sup> But Habermas’s reading of this concept will be coloured in a fundamental way by a polemical and normative intention. Though constitutional patriotism is still perceived as an historically observable fact in Germany, it will moreover become a good to be protected, a rallying cry against German conservative and fascist forces conspiring to “rehabilitate national consciousness.”<sup>7</sup>

Constitutional patriotism takes shape, according to Habermas, in the historically observable disjunction between culture and state politics, *i.e.*, between nation and state. Habermas does not make a distinction between “ethnic” (or culture) and nation; rather, the ways of life defining cultures are distinguished from state activities. Furthermore, during this process of disjunction, “the identification with our own ways of life and our own traditions are covered with a more abstract patriotism, which is no longer articulated with the concrete whole of the nation, but with abstract procedures and principles.”<sup>8</sup> The role of these constitutional

procedures and principles, then, is to allow for coexistence and communication among nations and cultures within a state. But for those who would believe that concrete ways of life and nations thereby become obsolete, Habermas is quick to add: “The attachment to these principles supposed by constitutional patriotism must actually feed on the consonant legacy of cultural traditions.”<sup>9</sup> Hence, it seems that Habermas did not introduce constitutional patriotism as a *substitute for*, but rather as an *addition to* nationalism.

In fact, constitutional patriotism is *necessarily* coloured by the national and cultural context in which it takes root. In this sense, German constitutional patriotism is bound to be different from its American, French, or Canadian occurrences. In Habermas’s view, the distinctive feature of German constitutional patriotism is its particular and historical memory of Auschwitz and the vanquishing of Nazism.<sup>10</sup> To this extent, it is different from the occurrences of constitutional patriotism elsewhere in the world.

## Constitutional patriotism in Trudeau’s Work

Although inspired by other sources — by Julien Benda’s rationalist universalism and by American civic constitutionalism in particular — Trudeau’s postnationalist thought takes on a form similar to that of Habermas’s.<sup>11</sup> However, it must be pointed out from the outset that the young Trudeau could not consider such a thing as Constitutional patriotism. Before 1968, the constitution had, in Trudeau’s mind, an essentially pragmatic — indeed instrumental — function: it served to counter the centrifugal forces threatening the cohesion of the Canadian state. It allowed some protection for French Canadians, whom he considered socially and economically backward. The promotion of transcendent normative principles was far from his mind.<sup>12</sup> In the period before 1968, thus, Trudeau did not contemplate the idea of an American-style bill of rights, although, even then, he strongly defended individual rights against state prerogatives and against claims stemming from ethnic and national groups.

Trudeau had a change of heart during his early years of political life. In a document entitled *The Constitution and the People of Canada*, which served as a working document for the constitutional amendments proposed in the Canadian Constitutional Charter of 1971 (*Victoria Charter*), Trudeau recognizes from then on a transcendent and symbolic function to the Constitution. Indeed, it would no longer be considered a pragmatic product born of a particular historic situation, but as a founding document performatively establishing the Canadian nation (*i.e.*, through the very act of enunciation): “the Constitution must express the purpose of Canadians in having become and resolving to remain associated in a single country.”<sup>13</sup> In this sense, the Constitution is much more than the reflection of the population’s values; it is, in a symbolic mode, the founding act of the nation.

Of course, for Trudeau, his proposed Charter of Rights becomes the cornerstone of the Constitution since “the rights of people must precede the rights of governments.”<sup>14</sup> It is then incumbent on the resultant *Canadian Charter of Rights and Freedoms*<sup>15</sup> to contribute, as is the case with other federal institutions,<sup>16</sup> to the unity of the country. Through the statement of universal rights (*i.e.*, political, judicial, and antidiscriminatory rights) and particular rights (*i.e.*, linguistic rights), which all Canadians can agree upon, the *Charter* expresses the commonness of all Canadians, regardless of the diversity composing the country, including the nations and ethnic groups in its midst.

It is no doubt noteworthy that Trudeau, in constitutional position papers appearing under his name,<sup>17</sup> banks on passion just as much as reason (contrary to his credo of earlier years).<sup>18</sup> It is in this context that his preference for a Charter of Rights must be understood. The federal Constitution of 1867<sup>19</sup> seems to him too lifeless and uninspiring:

[Its constitutional enactments] contain little to inspire the pride, solidarity, magnanimity and serious commitment required for the pursuit of a national ideal. This has hampered the development of a Canadian identity and patriotism.<sup>20</sup>

Hence, the necessity of a revitalized effort at formal constitutional renewal as the only guarantor of the desired unity of a country marked with significant, concrete diversity.<sup>21</sup> The symbolic content of the Constitution, in this context, becomes crucially important for the new project of unification.

As with Habermas’s, Trudeau’s constitutional patriotism is not meant to be abstract or deny Canadian cultural particularities. Admittedly, this is a criticism often directed against Trudeau<sup>22</sup> but it deserves to be qualified, in my view. Actually, Trudeau’s work contains apparently contradictory passages, sometimes defending the right to existence of ethnic and national particularities, sometimes a crude antinationalism.

What Trudeau excoriates, in fact, is a particular meaning of the nation. Whereas the *sociological* nation — understood as a synonym for *ethnie* — is quite acceptable to him, the *political* nation, for its part, is altogether objectionable. In the words of Trudeau: “It is not the idea of *nation* that is retrograde; it is the idea that the nation must necessarily be sovereign.”<sup>23</sup> For Trudeau, the political nation is nothing other than an ethnic group claiming political power for itself. For this reason the modern nation, defined since the French Revolution in terms bound to the “principle of all sovereignty,”<sup>24</sup> becomes reprehensible. In his view, this principle of sovereignty should legitimately be attributed to the state not the nation. As a result, Trudeau’s aversion to nationalism becomes understandable insofar as it is construed as an ideology seeking to put popular sovereignty in the hands of a sociological nation (or an *ethnie*), to the detriment of citizens belonging to other ethnic groups. In this sense, the nation must renounce its nationalism.<sup>25</sup>

## **Charter Patriotism: Between the Union and the Division of the Country**

With good reasons, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* can be considered the political outcome of Trudeau’s thought. With

the adoption of the *Charter*, the foundations of a Canadian-style Constitutional patriotism was laid in concrete. Shortly after 1982, a true “*Charter* patriotism” — an expression popularized by Alan Cairns<sup>26</sup> and Peter Russell<sup>27</sup> — spread across the country.

Through the mechanism of *Charter* enthusiasm, Trudeau explicitly hoped to create a pan-Canadian nation and nationalism. Indeed, about a decade after the adoption of the *Charter*, Trudeau interpreted the event as “a new beginning for the Canadian nation.”<sup>28</sup> In taking this view of his project, Trudeau reiterated an objective he had stated as early as 1967.<sup>29</sup> The goal was, in spite of a rhetoric of rational universalism borrowed from Julien Benda, to substitute a pan-Canadian nationalism for substate nationalisms, Québec nationalism in particular. The defence of a more encompassing (if no less particularistic) nationalism, resting in part on the *Charter*, will clearly become his main concern after 1968.<sup>30</sup>

Ironically, however, it seems that this pan-Canadian nationalism, which relies on *Charter* patriotism, has had precisely the opposite effect than the one Trudeau intended. Instead of unifying Canada in a common political identity, the *Charter* is splitting up the country. Commentators agree in claiming that the *Charter*, as an instrument of pan-Canadian unity, ended in failure. In 1992, Cairns maintained that “the national unity purposes of the Charter have not only fallen short but, in a sense, have backfired with respect to relations between Quebec and the rest of Canada.”<sup>31</sup> In 1994, Peter Russell was even more caustic: “I believe the country might choke on Charter patriotism.”<sup>32</sup> In his view, *Charter* patriotism is a sort of “*Charter* idolatry,” which conveys a certain “political fundamentalism.”<sup>33</sup> In 2000, F. L. Morton and Rainer Knopff adopted a similar position: “With respect to most of francophone Quebec, Charter patriotism has been a dismal failure.”<sup>34</sup> Recently, in 2007, Guy Laforest claimed that “Ideally, we should be able to say ‘the Charter is us’, but Quebec can’t share this identity marker.”<sup>35</sup> Here, Laforest was here restating a position already explicated in 1992 in his *Trudeau et la fin d’un rêve canadien*.

Hence, although the *Charter* had the desired effect in English Canada,<sup>36</sup> it is still a hard sell in Quebec. This is not to say that Quebeckers are not receptive to a culture and rhetoric of human rights, far from it.<sup>37</sup> After all, Québec instituted a *Charter of Human Rights and Freedoms*<sup>38</sup> some years before the adoption of its Canadian counterpart. In an analysis of the unifying mission of the *Charter*, Cairns identifies three reasons that explain Québec’s antipathy towards the *Charter*.<sup>39</sup> 1) The imposition of the *Charter* on Québec is perceived, particularly among sovereignists, as a betrayal on the part of the federal government; 2) the *Charter* had a restrictive impact on language laws in Québec, which are at the core of an essential dimension of Québec’s national identity; and 3) the *Charter* is part of a vision of Canada that clashes head-on with Québec nationalism. It is thus quite understandable that *Charter* patriotism could not take root in Québec as it has in Anglophone Canada. In all likelihood, this situation will carry on as long as the *Assemblée nationale* continues its political and symbolic refusal to duly ratify the *Constitution Act, 1982*. In the meantime, *Charter* patriotism, far from promoting a civic nationalism all across the country, might instead stir up a backlash of Québec nationalism.

However, despite the acknowledged failure of *Charter* patriotism in Québec, one can bring to the fore what could be described as the “Québec paradox.” In spite of strong nationalist sentiments in Québec and the ever-present possibility of secession, there is a strong sense of belonging to the Canadian state. In a CROP-Express survey conducted in 2005, 49 percent of Quebeckers would have voted in favour of secession,<sup>40</sup> although 71 percent also claimed to be “very attached or quite attached to Canada.”<sup>41</sup> More interesting are the reasons for this attachment. In the same survey, questions were asked about the benefits of being part of Canada. The results are as follows: 67 percent of Quebeckers believed they are benefiting from Canada’s international reputation; 65 percent from the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and 64 percent from federal transfers for social programs. Without doing too much violence to the facts, one could argue that these perceived benefits derive mainly from the Canadian Constitu-



tion. Indeed, the *Charter* makes up Section I of the *Constitution Act, 1982*, and is undoubtedly the heart of 1982 Constitution. Social transfers, however, are the object of Section III of the 1982 Constitution and are, in Canada, an essential element of the citizenship regime which integrates social and economic rights with civic and political rights.<sup>42</sup> As for Canada's reputation as a tolerant and pluralistic country, it derives for the most part from the constituent laws of the country which elevate these values to binding norms.

Now, how should the Québec paradox of an attachment to Canada, coupled with a desire to be detached from it, be understood? How can one reconcile the postnational appeal of Canada and its institutions with a specific Québec nationalism? The *Charter* is not, for reasons already identified, a symbol of unity in Québec, but it is nonetheless, as the CROP-Express poll shows, an object of deference justifying a strong attachment to Canada. While leaving open the question of whether "strong attachment" and "patriotism" are equivalent in matters of the Constitution, it seems, in accord with CROP-Express, that a certain *Charter* patriotism is taking root in Québec, perhaps unknowingly or even unwillingly. However, one must add, this patriotism has the distinctive feature of rejecting the *Charter* as a symbol of national unity, acknowledging only its juridical content guaranteeing a set of rights, something akin to what Russell called "*Charter* realism."<sup>43</sup> If there is such a thing as *Charter* patriotism in Québec, it is thus of a different nature to the one existing in Anglophone Canada.

## Constitutional Patriotism and Nationalism: Incommensurable Notions?

To help us elucidate the apparently contradictory — or at least ambivalent — question of the coexistence of a "postnational" attachment to the Canadian Constitution with Québec nationalism, I believe that the distinction between liberalism and republicanism can be useful. The former offers a model of society in which individual rights are assigned the highest im-

portance, whereas the latter emphasizes above all the political participation of the people. According to Charles Taylor:

In one model, the dignity of the free individual resides in the fact that he has rights that he can make efficacious if necessary even against the process of collective decision making of the society, against the majority will, or the prevailing consensus. . . . In the other model, his freedom and efficacy reside in his ability to participate in the process of majority decision making, in having a recognized voice in establishing the "general will."<sup>44</sup>

Taylor recognizes that this distinction between liberalism and republicanism does not imply a disjunction of the two models, but rather a tension within democratic societies. Both liberalism and republicanism, after all, incorporate rights and participation into their models, albeit in varying proportions. Moreover, according to Taylor, the participation of the people in political decision making presupposes a strong sense of belonging to a collectivity, which then becomes the living source and end of participation.<sup>45</sup> And since Canada has more than one collectivity, Taylor goes on to argue, the application of a participatory model necessarily calls for regional decentralization.<sup>46</sup>

This distinction between liberalism and republicanism is illuminating when applied to the question of the relationship between Québec nationalism and Canadian *Charter* patriotism. The latter, in establishing the primacy of individual rights, obviously corresponds to the liberal juridical vector of society. *Charter* patriotism represents a power constitutive of the state that trumps even the will of the people. I contend furthermore that, for its part, the republican participatory vector is embodied by the nation. Indeed, the modern nation, as defined since the French Revolution,<sup>47</sup> is precisely the locus of popular sovereignty and thus of popular will and participation. Taylor also attributes such a participatory role to the nation. However, just as do Trudeau and Habermas, Taylor conflates "nation" and "ethnie" in this context. Granted, Anthony Smith is probably right in claiming an ethnic origin to nations.<sup>48</sup> And, following Will Kymlicka,<sup>49</sup> one must also recognize the post-

ethnic nature of many Western nations, and of Québec in particular. Through its policies of interculturalism, an avatar of multiculturalism, Québec adheres fully to ethnic pluralism so that minority ethnic voices can also participate in forming popular opinion and will.

The argument here rests on the thesis that the nation is different from both the *ethnie* and the state. To reinforce this distinction, it is helpful, perhaps, to return to Dominique Schnapper, for whom the modern nation is essentially defined by political sovereignty.<sup>50</sup> According to Schnapper, drawing mainly from the French republican tradition, a nation is political *by definition*. In this respect, the defining characteristic of the nation is its politically integrative function: “The specificity of the modern nation is to integrate all populations into a community of citizens.”<sup>51</sup> This is possible only if individuals transcend their ethnic particularities. By contrast, the *ethnie* is defined as a group of individuals united by cultural and historic links, but with no political organization or expression. On the other hand, the state, construed as a set of institutions exerting some sort of coercion on the collectivity,<sup>52</sup> ensures the political expression of the nation. Thus, the three collective entities — *ethnie*, nation, and state — each have their appropriate locus within the sociopolitical organization of modern collectivities.

To Schnapper’s theoretical definitions I would add that political integration, the keystone of her conception of the nation, can be realized only through public discussion, which in turn presupposes a common *public* language.<sup>53</sup> Hence, civic though the nation is, on Schnapper’s account it must also be aware of its linguistic foundation since the language of discussion is an essential political instrument for the formation of popular will. If Canada is binational, it is not due to the presence of a Québécois or French-Canadian *ethnie* and an English-Canadian *ethnie* (their pre-eminence over other ethnic groups would be unjustifiable in a liberal context, even for historical reasons), but because *it is comprised of two official public languages providing for political*

*integration into two distinct public spaces*. In this sense, language is an instrument making it possible to transcend ethnic particularities. But to seek to transcend language itself is to undermine an actual condition of possibility of public political discussion central to modern nations, thus jeopardizing the establishment of a popular will that is truly common.

It is important, in the context of this study, to clarify the intimate relationship between state and law since it brings to light the anchoring point of the *Charter* and of constitutional patriotism more generally: insofar as the *Charter* is an expression of a legal order, it exemplifies a state function. Correlatively, *Charter* patriotism (or constitutional patriotism) thus corresponds to an attachment to the state, as Sternberger perceived it to in the 1950s, and not to the nation. In the case of nation-states, this distinction is perhaps moot, but in the context of multinational states, it is highly relevant. In multinational states, constitutional patriotism — along with other interests, of course — strengthens the attachment to a collective entity extending beyond the nation.

If *Charter* patriotism, construed as attachment to the juridical order and to principles of civic and universal law, cannot compete with nationalism and supplant it, it is because *Charter* patriotism is subject to a different logic and assumes different functions. Whereas *Charter* patriotism is addressed to the inalienable rights of individuals, nationalism is concerned with individuals’ participation in collective decision making. In other words, it sees to it that popular sovereignty is realized. Hence, nationalism and constitutional patriotism do not and cannot enter into a relationship of conflict because they cover different conceptual spaces of the political. Nor does constitutional patriotism depend on a “delegitimization of nationalism”<sup>54</sup> in order to supplant it. Constitutional patriotism, if it is not to alter its nature, should not seek to oppose nationalism (understood as the defence of the prerogatives of the *nation*), but should be firmly anchored to the state.

## Conclusion: Instead of Antagonism, Complementarity

One should, in my mind, avoid understanding Canada as a postnational state. Certainly, the Canadian state offers its citizens a political-legal framework which transcends particular ethnies and nations, but the negation of actual nations in its midst would be tantamount to destroying spaces of popular will formation, dealing a fatal blow to the idea of popular sovereignty. Canada's present and future must consequently be construed in a multinational framework respecting and nurturing nations in its midst.

Trudeau's error, so to speak, was to fail to understand the integral relationship between constitutional patriotism and nationalism. In this sense, the Québec nation and nationalism are not rivals of a Canada unified by *Charter* patriotism, as Trudeau has thought; rather, they form a concrete foundation feeding the more abstract idea of constitutional patriotism.

### Notes

- \* Donald Ipperciel, Institute for Canadian Studies, University of Alberta.
- 1 Not everyone would agree with this statement. See for example, Kok-Chor Tan, *Justice Without Borders: Cosmopolitanism, Nationalism and Patriotism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004) at 183; and Margaret Canovan, "Patriotism is Not Enough" (2000) 30 *British Journal of Political Science* 413 at 425.
  - 2 Alan C. Cairns, *Charter Versus Federalism* (Montreal: McGill-Queen's University Press, 1992); Peter H. Russell, "The Political Purposes of the Charter: Have They Been Fulfilled? An Agnostic's Report Card" in Philip Bryden, Steven Davis & John Russell, eds., *Protecting Rights and Freedoms* (Toronto: Toronto University Press, 1994); and Charles Taylor, *Reconciling the Solitudes: Essays on Canadian Federalism and Nationalism*, Guy Laforest, ed. (Montreal: McGill's-Queen's University Press, 1993).
  - 3 Reinhard Blänkner, "Warum Verfassungspatriotismus? Historische Anmerkungen" in Gerhard Göhler, Mattias Iser & Ina Kerner, eds., *Verfassungspatriotismus und nationale Identität* (Berlin, 2003) 27 at 30.
  - 4 Dolf Sternberger, *Ich wünschte ein Bürger zu sein. Neun Versuche über den Staat* (Frankfurt: Suhr-

- kamp, 1967) at 14.
- 5 Jürgen Habermas, "Geschichtsbewußtsein und posttraditionale Identität – Die Westorientierung der Bundesrepublik" in *Eine Art Schadensabwicklung* (Frankfurt: Suhrkamp, 1987) 161 at 168 ["Geschichtsbewußtsein"].
- 6 *Ibid.*
- 7 Jürgen Habermas, "Apologetische Tendenzen" in *Eine Art Schadensabwicklung* (Frankfurt: Suhrkamp, 1987) 120 at 131 and 133.
- 8 "Geschichtsbewußtsein," *supra* note 5 at 173 [emphasis added].
- 9 *Ibid.*
- 10 Jürgen Habermas, "Grenzen des Neohistorismus" in *Die nachholende Revolution* (Frankfurt: Suhrkamp, 1990) 149 at 152.
- 11 Michel Coutu speaks of an "elective affinity" between Habermas's constitutional patriotism and the federal initiative seeking to establish a Canadian civic nation with the help of the *Charter*. Michel Coutu, "Citoyenneté et légitimité. Le patriotisme constitutionnel comme fondement de la référence identitaire" (1998) 40 *Droit et Société* 631 at 636.
- 12 Pierre Elliott Trudeau, "Fédéralisme, nationalisme et raison" in *Le fédéralisme et la société canadienne-française* (Montréal: Éditions HMH, 1967) 191 at 209 [*Le fédéralisme*].
- 13 Pierre Elliott Trudeau, *Canada, the Constitution and the People of Canada/ La Constitution Canadienne et le Citoyen* (Ottawa: Gouvernement du Canada, 1969) at 4 and 6 [*Constitution and People*].
- 14 *Ibid.* at 4 and 16.
- 15 Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11 [*Charter*].
- 16 *Constitution and People, supra* note 13 at 10.
- 17 See generally, *Constitution and People, ibid.*; and Pierre Elliott Trudeau, *A Time for Action: Toward the Renewal of the Canadian Federation* (Ottawa: Government of Canada, 1978) [*A Time for Action*].
- 18 *Le fédéralisme, supra* note 12.
- 19 *Constitution Act, 1867* (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3, reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 5.
- 20 Similarly, Trudeau will say: "[The new Constitution] must command the respect of all Canadians and provide them with an enlightened basis for patriotism." Trudeau, *A Time for Action, supra* note 17 at 20 and 21.
- 21 Trudeau believes in a voluntarist nation as described by Renan, *ibid.* at 3: "For in the final analysis, it is the collective will of all Canadians which will ensure this country's survival." See

- also *ibid.* at 19.
- 22 On Trudeau's abstraction and antiparticularism, see for example, Claude Couture, *La loyauté d'un laïc. Pierre Elliott Trudeau et le libéralisme canadien* (Montréal: L'Harmattan, 1996) at 15; George Grant, "Nationalism and rationality," in William Christian & Sheila Grant, eds., *The George Grant Reader* (Toronto, University of Toronto Press, 1998) 102 at 104; Guy Laforest, *Trudeau et la fin d'un rêve canadien* (Sillery: Septentrion, 1992) at 131; Gordon Robertson, *Memoirs of a Very Civil Servant* (Toronto, University of Toronto Press, 2000) at 361-2. For the views on Trudeau of contemporary political actors, see Ian MacDonald, *From Bourassa to Bourassa* (Montréal, McGill-Queen's Press, 2002) at 147 (on Claude Ryan); and Ramsay Cook, *Watching Quebec* (Montreal, McGill-Queen's Press, 2005) at 130 (on André Laurendeau). For those who believe Trudeau does not deserve such a criticism, see for example, Samuel LaSelva, *The Moral Foundations of Canadian Federalism: Paradoxes, Achievements, and Tragedies of Nationhood* (Montreal, McGill-Queen's Press, 1996) at 114.
- 23 "toute pensée qui tend à réclamer pour la nation la plénitude des pouvoirs souverains est politiquement réactionnaire." Pierre Elliott Trudeau, "La nouvelle trahison des clercs," in *Le fédéralisme et la société canadienne-française* (Montréal: Éditions HMH, 1968) 159 at 179 [Trahison des clercs]. See also *ibid.* at 186-7; and *Le fédéralisme*, *supra* note 12 at 202.
- 24 See article 3 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, as well as the French Constitution of 1791: "Sovereignty is one, indivisible, inalienable and imprescriptible. It belongs to the nation" (Tit. III, Art. 1).
- 25 Trahison des clercs, *supra* note 23 at 189.
- 26 Cairns, *supra* note 2.
- 27 Russell, *supra* note 2.
- 28 Pierre Elliott Trudeau, "The Values of a Just Society" in Thomas Axworthy & Pierre Elliott Trudeau, eds., *Towards a Just Society: the Trudeau Years* (Markham, Viking, 1990) at 363. Cairns interprets Trudeau's intent in promoting a bill of rights as follows: "The Charter was conceived for nation-building purposes as well as an instrument of rights protection." *Charter Versus Federalism*, *supra* note 2 at 118.
- 29 In an address to the Canadian Bar Association held on 4 September 1967, Trudeau stated: "As lawyers, you will appreciate that the adoption of a constitutional Bill of Rights is intimately related to the whole question of constitutional reform. Essentially, we will be testing – and, hopefully, establishing – the unity of Canada." Pierre Elliott Trudeau, "A Constitutional Declaration of Rights" in *Federalism and the French Canadians* (Toronto: Macmillan of Canada, 1968) 52 at 54. See also, Wayne Norman, "Justice and stability in multinational societies," in Alain G. Gagnon & James Tully, eds., *Multinational Democracies* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001) 90 at 101.
- 30 Laforest, *supra* note 22 at 177.
- 31 Cairns, *supra* note 2 at 121.
- 32 Russell, *supra* note 2 at 42 and 35.
- 33 *Ibid.* at 36.
- 34 F.L. Morton & Rainer Knopff, *The Charter Revolution & the Court Party* (Peterborough, ON: Broadview Press, 2000) at 61.
- 35 Quoted in Michael Healy, "Notwithstanding: A Playwright Takes on the Charter" (2007) 4 *The Walrus* 46 at 49. See also Guy Laforest, "Lexil intérieur des Québécois dans le Canada de la Charte" (2007) 16:2 *Constitutional Forum* constitutionnel 15.
- 36 Cairns, *supra* note 2 at 119: "The evidence from public hearings convincingly suggests that the Charter has 'taken' in English Canada."
- 37 Cairns, *ibid.* at 121 and Russell, *supra* note 2 at 35-36.
- 38 R.S.Q. c. C-12
- 39 Cairns, *supra* note 2 at 121.
- 40 During the same year, a CROP-Express survey revealed that 56 percent of Quebecers would have voted in favour of secession: *Document d'Information* (2006), online: Centre for Research and Information on Canada (CRIC) <[http://www.cric.ca/pdf/cric\\_poll/portraits/portraits\\_2005/fr\\_quebec\\_2005.pdf](http://www.cric.ca/pdf/cric_poll/portraits/portraits_2005/fr_quebec_2005.pdf)>; see also, *Portraits du Canada 2005* (2006), online: CRIC <[http://www.cric.ca/pdf/cahiers/cahierscric\\_jan2006.pdf](http://www.cric.ca/pdf/cahiers/cahierscric_jan2006.pdf)>.
- 41 *Document d'Information*, *ibid.*
- 42 Jane Jenson, "Reconnaître les différences: Sociétés distinctes, régimes de citoyenneté, partenariats" in Guy Laforest & Roger Gibbins, eds., *Sortir de l'impasse : les voies de la réconciliation* (Montréal: Institut de Recherche en Politiques Publiques, 1998) at 243: "[I]l convient de rappeler ici que les régimes de citoyenneté dépassent largement la reconnaissance de droits civils et politiques. Depuis 1945, ils embrassent aussi des droits sociaux et des droits économiques, habituellement institutionnalisés au sein de ce qu'on a appelé l'État-providence."
- 43 Russell, *supra* note 2 at 37.
- 44 Taylor, *supra* note 2 at 92.
- 45 *Ibid.* at 97.
- 46 *Ibid.* at 106-7.



- 47 *Supra* note 24 and accompanying text.
- 48 Anthony D. Smith, *The Ethnic Origins of Nations* (Oxford: Blackwell Publishing, 1988).
- 49 Will Kymlicka, “Immigrant Integration and Minority Nationalism” in Michael Keating & John McGarry, eds., *Minority Nationalism and the Changing International Order* (Oxford: Oxford University Press, 2001) 61 at 64.
- 50 Dominique Schnapper, *La Communauté des citoyens* (Paris: Gallimard, 1994) at 45.
- 51 *Ibid.* at 73.
- 52 *Ibid.* at 55-6.
- 53 I defend this paragraph’s thesis in detail: Donald Ipperciel, “Constitutional Democracy and Civic Nationalism” (2007) 13 *Nations and Nationalisms*. In the present short article, this exposition will have to suffice.
- 54 Coutu, *supra* note 11 at 638.



# *The Constitution Act, 1982 and the Crown: Twenty-Five Years Later*

**Kenneth Munro\***

In a splendid ceremony on Parliament Hill on 17 April 1982, Her Majesty proclaimed the *Constitution Act, 1982*.<sup>1</sup> When the Prime Minister and premiers had met in November 1981 to develop procedures for patriating and amending our Constitution, they failed to propose any revisions with respect to the monarchy, except for section 41(a) of the *Constitution Act, 1982*. Under this section, the unanimous agreement of the Governor General, Senate, House of Commons, and the legislative assembly of each province is required to amend the Constitution in relation to “the office of the Queen, the Governor General and the Lieutenant Governor of a province.”<sup>2</sup> In effect, by entrenching the monarchy in the Constitution, our leaders determined that Canada would remain a constitutional monarchy in perpetuity. The twenty-fifth anniversary of the proclamation of the *Constitution Act, 1982* provides an appropriate occasion to remind ourselves of the nature of our Canadian Crown and to ask whether this institution can evolve, or has evolved, to meet the needs of Canadians.

The Canadian Crown, the only constitutional monarchy in all of continental America except for Belize, is made manifest in a team of persons: the first is the monarch who lives outside the country. We share the person of our Queen with fifteen other countries.<sup>3</sup> She has unfailingly carried out her role, rooted in Canadian tradition and experience, albeit shared with members of the Commonwealth of Nations of which she is the Sovereign.

The second element of the Canadian Crown is the Governor General, who resides in Ottawa

and exercises all prerogatives of the Crown within the federal sphere of jurisdiction. The third element consists of the ten Lieutenant-Governors who reside in their respective provincial capitals and exercise the prerogatives of the Crown within the provincial sphere. While sovereignty is divided within Canada between federal and provincial jurisdictions,<sup>4</sup> the Queen combines the two in her own person, giving unity to these three elements of our Maple Crown.

Any discussion about the Crown over the past twenty-five years would naturally examine the powers of the Crown which are derived from two sources: statute and common law.<sup>5</sup> Parliament has conferred wide powers on our Crown to administer and to legislate. Since these are delegated powers, they are subject to change by Parliament.<sup>6</sup> We often think that the monarch holds office because of hereditary right, but this is not the case. Since the Glorious Revolution in Britain in 1688, the Sovereign holds office at the will of Parliament. In addition, since the *Statute of Westminster*<sup>7</sup> was passed in 1931, Canada has had a role in the selection of its monarch because that statute reads:

[A]ny alteration in the law touching the Succession to the Throne or the Royal Style and Titles shall hereafter require the assent as well of the Parliaments of all the Dominions as of the Parliament of the United Kingdom.<sup>8</sup>

Indeed, the Parliament of Canada changed the royal style and title of our Sovereign under the *Royal Style and Titles Act* of 1953,<sup>9</sup> thereby making the Queen, on 28 May 1953, officially Queen of Canada.

Several powers were specifically granted to the Sovereign in the *Constitution Act, 1867*,<sup>10</sup> and the amendments made in the *Constitution Act, 1982* did not change these powers. For example, the Queen authorizes the Governor General to appoint deputies, she is commander-in-chief of the armed forces, and she decides where the national capital is to be located. In addition, Parliament consists of the Queen, the Senate, and the House of Commons; the Queen may appoint Senators; Royal Assent is given in the Queen's name; and the Queen may admit new provinces and territories.<sup>11</sup>

Even though no modification was made by statute to the institution of the Crown in 1982, the powers exercised by the Governor General, in particular, have changed over the past twenty-five years. The Governor General's duties have expanded and the powers have increased, not because of the legislated changes embedded in the *Constitution Act, 1982*, but because several Governors General and their respective governments have interpreted the *Letters Patent Constituting the Office of Governor General of Canada (Letters Patent)* in the broadest possible manner. In her memoir, Adrienne Clarkson wrote that:

Even many politicians don't seem to know that the final authority of the state was transferred from the monarch to the Governor General in the Letters Patent of 1947, thereby making Canada's government independent of Great Britain. This means that it is the Governor General who is the guarantor of responsible government and of our parliamentary democracy.<sup>12</sup>

The *Letters Patent* was issued on 1 October 1947 by King George VI, and conferred on the Governor General "all powers and authorities lawfully belonging to Us in respect of Canada."<sup>13</sup> Former Governors General and constitutional scholars have focused on this phrase. Jules Léger has written that since 1947, "the Governor General had been authorized to exercise all the powers and authorities of the Sovereign with regard to Canada, but in practice, a few official acts . . . had continued to be performed by the Sovereign."<sup>14</sup> Likewise, the noted constitutional authority, James R. Mallory, has

pointed out that legally "the Governor General can exercise any of the Queen's powers in Canada."<sup>15</sup> The converse is not true, however; "the Queen cannot exercise the Governor General's powers because they are conferred on him, and not on the Queen, by the British North America Act."<sup>16</sup> Where a function is purely ceremonial or does not require the production of some instrument of lawful effect, the Queen can officiate; otherwise, she cannot unless Parliament passes a royal powers act similar to the one passed in Australia in 1973.<sup>17</sup> Therefore, the Queen might give Royal Assent to legislation at the federal level or open Parliament, but she could not approve an order-in-council or effectively replace the Governor General during a royal visit.<sup>18</sup>

While the *Letters Patent* purports to delegate all royal powers in relation to Canada to the Governor General, Mallory has noted an apparent "understanding at the time that all matters which prior to that time had been based on direct advice to the Sovereign would not be transferred to the Governor General without the consent of the Palace."<sup>19</sup> However, over the years, Canadian governments have sought and received the Sovereign's consent to transfer a great deal of the Queen's remaining power to the Governor General. For example, with the establishment of the Order of Canada in 1967 and the Order of Military Merit in 1972, the Queen became the Sovereign of these orders,<sup>20</sup> while the Governor General became the chancellor of these two Canadian orders with their respective chancelleries and the secretary of the Canadian system of honours housed at Rideau Hall.<sup>21</sup> Although state visits by Governors General predate the issuance of the *Letters Patent* (Lord Willingdon made a state visit to Washington in 1928),<sup>22</sup> these visits have become, since the days of Governor General Roland Michener, an important function performed by the Governor General rather than the Queen. While statute dictates that the Governor General must seek the Queen's consent to travel outside Canada,<sup>23</sup> the Queen has encouraged her Governors General to pressure the Canadian government into letting them undertake such state visits. In his biography of Michener, Peter Stursberg claims that Michener told him that the Queen encouraged him to go abroad on visits as Canada's

head of state. In conversation with Michener, the Queen said:

I go abroad representing the Commonwealth but I'm always accepted as the Queen of the United Kingdom. I can't represent Canada on these state visits. I think that you should, in your role [as Governor General], encourage your Government to send you on these visits.<sup>24</sup>

He did just that and so did subsequent Governors General. In these and other areas, the Canadian government, the Queen, and the Governor General have worked together to expand the interpretation of the *Letters Patent* to enlarge the role of the Governor General. Other examples abound.

Jules Léger claimed that after “her visit in October 1977, Her Majesty agreed that certain diplomatic functions be ‘repatriated’ to Canada.”<sup>25</sup> Consequently, new arrangements related to diplomatic appointments and the various exchanges connected with them were made in 1977. At that time, it was agreed that the Governor General, not the Queen, would appoint and recall ambassadors accredited to foreign states (High Commissioners to other Commonwealth countries had always been appointed by the Governor General). However, the relevant diplomatic letters — *Letters of Credence* — were revised to begin: “On behalf of and in the Name of Elizabeth II.” In similar fashion, the letters accrediting diplomats to Canada continued to be written to the Queen. Once they were accepted by the Governor General, they would be forward, unopened, to Her Majesty who would peruse them before returning them to Canada and the foreign affairs department. This procedure “did codify what had been envisaged by the *Letters Patent* for the Governor General as written in 1947 but which to that time had not been fully implemented.”<sup>26</sup> In addition, the Governor General would deal with the acceptance of *Letters of Recall* of foreign ambassadors and the approval of the establishment or severance of diplomatic relations between Canada and foreign states.<sup>27</sup> The Queen also agreed that should it be necessary, “the Governor General would sign Declarations of War and other international documents, on Her Majesty’s behalf.”<sup>28</sup>

During the royal visit to Edmonton in the summer of 1978, Prime Minister Pierre Trudeau discussed his proposal for constitutional reform with the Queen. A few months before, the minister of justice, the Honourable Ron Basford, had gone to London to present the proposed changes to the Queen, who “was quite happily satisfied that nothing would be changed in the Crown’s essential relation to Canada.”<sup>29</sup> With the Queen’s approval, the government proposed a White Paper, and then legislation in 1978, which modified the Crown’s statutory position in Canada.

Trudeau’s June 1978 White Paper on constitutional change — *A Time for Action*<sup>30</sup> — was followed by detailed draft legislation: Bill C-60.<sup>31</sup> Editorial comment in the English press in Canada focused on what Trudeau was trying to do to the Queen. As Richard Gwyn noted: “By raising the Governor General to the new status of ‘First Citizen’ of Canada, who would open and dissolve Parliament in his own name rather than in Hers, Trudeau appeared to be trying to downgrade her.”<sup>32</sup> In effect, Bill C-60 would have retained the monarchy for Canada and constituted “at the same time, a Governor General with full status and powers in his or her own right rather than merely in the capacity of a representative of the Sovereign.”<sup>33</sup>

Under Bill-60, the Governor General “would see his authority derived from the constitution and not from the monarchy.”<sup>34</sup> In effect, the Governor General would exercise his authority in his own right rather than in the name of the Queen; at the same time, “the Queen would remain the Sovereign but would exercise authority only while she is in Canada.”<sup>35</sup> Some journalists opposed this change. Charles Lynch, for example, expressing his concern in the *Ottawa Citizen*,<sup>36</sup> indicated his preference for retaining the wording of the *Constitution Act, 1867*, which states: “There shall be One Parliament for Canada, consisting of the Queen, an Upper House styled the Senate, and the House of Commons.”<sup>37</sup> Under Bill C-60, this section would have been changed to read: “There shall be one Parliament for Canada, consisting of the Governor General of Canada, an upper house styled the House of the Federa-

tion, and the House of Commons.”<sup>38</sup> The Queen would be called “[t]he sovereign head of Canada”<sup>39</sup> and styled “the Queen of Canada.”<sup>40</sup> In turn, the bill declares that “[t]he executive government of and over Canada shall be vested in the Governor General, on behalf of and in the name of the Queen,”<sup>41</sup> and that “The Governor General of Canada shall have precedence as the First Canadian, and the office of the Governor General shall stand above and apart from any other public office in Canada.”<sup>42</sup> The *Constitution Act, 1867* states that the “Command-in-Chief of the Land and Naval Militia, and of all Naval and Military Forces, of and in Canada, is hereby declared to continue and be vested in the Queen.”<sup>43</sup> Bill C-60 would have effected a change to read: “[The] command-in-chief of the Canadian Forces is hereby declared to be vested in the Governor General of Canada.”<sup>44</sup>

In addition to the Queen and the Governor General, the Trudeau government’s Bill C-60 — like the proposed constitutional amendments in the Canadian Constitutional Charter, 1971 (*Victoria Charter*) — made reference to the Lieutenant Governors of Canada. At Victoria in 1971, the federal government under Trudeau had proposed the repeal of the powers of reservation and disallowance.<sup>45</sup> These constitutional amendments, proposed in the *Victoria Charter*,<sup>46</sup> would not have affected the office of Lieutenant Governor in each province.<sup>47</sup> Nevertheless, the effect of a constitutional amendment repealing the powers of reservation and disallowance would have been to radically diminish the Governor General’s — and by convention the federal government’s — control over the Lieutenant Governors and therefore the provincial governments. The package of constitutional changes in the *Victoria Charter* was first accepted by all the premiers, but was subsequently rejected by Québec for reasons other than this particular constitutional item. Many Canadians agreed with Trudeau when he stated that “The Victoria Charter would have been good for all Canadians: the federal government would have given up the powers of reservation and disallowance.”<sup>48</sup> Again, under Bill C-60 the Trudeau government proposed to repeal the clauses in the Constitution dealing with reservation and disallowance.<sup>49</sup> However, as with the *Victoria*

*Charter*, this attempt at extensive constitutional change failed and thus any legislative change to the Crown failed with it.

When Prime Minister Trudeau again attempted to change the Constitution and patriate it in 1978, eventually succeeding in 1982, the Crown was not affected by the resultant *Constitution Act, 1982*, and the status quo position of the Crown was entrenched with an onerous amendment procedure requiring unanimity. There is irony in the Trudeau government attempting to make major changes to the Crown, but eventually entrenching it in 1982 with “the strongest constitutional position it has yet had.”<sup>50</sup> After all, there was an unusual provincial consensus on the constitutional amendments of 1982 (with the exception of the province of Québec), but the opportunity to address the powers of the Crown was not taken up; the existing powers exercised by the Queen remained intact. For example, in 1990, in order to pass the goods and services tax legislation (GST) through an obstructionist Liberal Senate, the Conservative government was able to ask the Queen, through the Governor General, to use her power to summon extra Conservative Senators under section 26 of the *Constitution Act, 1867*. As former prime minister Brian Mulroney explained in his autobiography, as soon as he had heard that the Liberal leader, Jean Chrétien, was going to have Liberal Senators kill the GST, he began to implement a plan which had been initiated over the summer months of 1990:

We contacted Balmoral Castle, where the Queen was in residence, to get her approval, and Marj LeBreton began calling the new senators across the country to ensure their presence the following day for their swearing-in.<sup>51</sup>

While the Queen still exercises some powers stipulated in the Constitution, the appointment of extra Senators for example, federal governments continue to use the *Letters Patent* to increase the powers and position of the Governor General. In late December 2004, the palace and the Paul Martin government agreed that henceforth, even *Letters of Credence* to Canadian ambassadors would be issued in the name of the Governor General.<sup>52</sup> Again, between 1977 and late 2004, *Letters of Credence* given



to our ambassadors travelling abroad were issued “In the Name of and on Behalf of Elizabeth II.” The Martin government, however, removed the Queen’s name from these diplomatic letters by which ambassadors are exchanged, using instead the name of the Governor General. This procedure has been criticized for giving the appearance of replacing Elizabeth II as our head of state with the Governor General.<sup>53</sup> Indeed, for many years journalists and broadcasters have contributed to the confusion and fuss about who is, in fact, the Canadian head of state. In his biography on Michener, for example, Stursberg refers to the Governor General as the Canadian head of state in his discussion of the regular meetings between prime minister as head of government and Governor General as head of state.<sup>54</sup> Indeed, present and previous Governors General have contributed to this concern that the Governor General has been elevated to the role of head of state of Canada. Adrienne Clarkson stated with precision in her memoir that “the Governor General is the head of state in Canada, and is treated as such when abroad.”<sup>55</sup> The present Governor General, Her Excellency Michaëlle Jean, has adopted a somewhat different position, preferring instead to refer to the Governor General as Canada’s “de facto head of state.”<sup>56</sup>

Attempts to enhance the role of the Governor General in Canadian public life might well also raise questions about the position of the Lieutenant Governors in the provincial sphere. Since the *Constitution Act, 1982* did not change the constitutional powers of the Canadian Crown, the Governor General, for example, continues to have the authority to disallow provincial legislation despite assent by a Lieutenant Governor. Controversy and conflict could envelope the Canadian Crown in the future as Lieutenant Governors attempt to assert their authority in the provincial sphere of jurisdiction vis-à-vis a more demanding and more assertive Governor General at the federal level.

If the power of disallowance is to be used again, it is likely to be used by the Governor General (on the advice of the prime minister) against a hostile provincial administration. The last time it was used was with respect to Alberta

legislation which, the federal government felt, threatened banking and mortgage credit. The action by the Governor General was upheld by the Supreme Court in 1938.<sup>57</sup> The federal government has since shown no disposition to use these powers (as it might have in the case of the Quebec *Charter of the French Language*<sup>58</sup> in 1977) preferring instead to have the courts deal with constitutional issues. Nevertheless, as Mallory has pointed out, reservation and disallowance “may be used as a trade-off in federal-provincial bargaining over larger constitutional change.”<sup>59</sup>

Canadians have yet to sort out the exact role they wish the Lieutenant Governors to play vis-à-vis the Governor General and the Sovereign herself. Thus, although the role of the Crown has, since 1982, evolved through a generous interpretation of the *Letters Patent* rather than statutory law, failure to address the role of the Lieutenant Governors with respect to the other two aspects of the Canadian Crown — the Monarch and Governor General — could result in controversy which will not serve the institution of the Canadian Crown well.

While the *Constitution Act, 1982* did not clarify the power and role of the Lieutenant-Governors vis-à-vis the Governor General, and while the power and authority of the Governor General has increased over the past twenty-five years through a more expansive interpretation of the *Letters Patent*, a more pressing concern remains: preventing prime ministers and premiers from abusing the Crown’s reserve powers.<sup>60</sup> When granted to Canada in 1848, responsible government implied that the Governor General “would act on the advice of his ministers under normal circumstances.”<sup>61</sup> Nevertheless, in the early years of Confederation the Governor General was “required to refuse assent to or reserve for the scrutiny of Britain’s government any Canadian legislation that was contrary to any imperial statute which extended in its operation to Canada.”<sup>62</sup> Although the latter requirement was eliminated through the Balfour Declaration of 1926 and codified in the 1931 *Statute of Westminster*,<sup>63</sup> responsibility for safeguarding the constitution remained with the Governor General, who would now

normally act solely on the advice of his or her Canadian ministers. Armed with the royal prerogative, including the reserve powers, the Governor General had henceforth to resolve any conflict between her duty to act on the advice of her ministry, and her duty to safeguard the constitution. A danger to our monarchical system, and to our unwritten or conventional constitution, arises when a prime minister advises the Governor General to use the royal prerogative for partisan political advantage.

In 1926, Governor General Lord Byng, exercising the royal prerogative, denied the request of his Liberal prime minister, William Lyon Mackenzie King, to dissolve Parliament so that a general election might be held. King had made the request because the Liberals, caught up in a customs department scandal, faced certain defeat. Under our system of responsible government, the prime minister has the right to make such a request. Controversy quickly erupted, however, when the Governor General, using the reserve powers of the Crown, refused King's request. King resigned without advising the Governor General on the choice of successor as prime minister. Fortunately, Arthur Meighen, the Conservative leader, agreed to become prime minister and thus take responsibility for the Governor General's actions. King won the subsequent election, calling into question the Governor General's disregard of his advice. Indeed, the effect of the "King-Byng" affair on Canadians' perception of the legitimacy of the reserve powers of the Crown remains with us. Errol Mendes, for example, has recently written that although the Governor General "has an uncontested residual power to deny a prime minister's request for dissolution," but because of the 1926 precedent a Governor General's refusal "to grant the request of a prime minister for dissolution, no matter how contrived,"<sup>64</sup> would present a serious political problem for the Governor General.

The noted specialist on the Canadian Crown, David Smith, has provided several examples of prime ministerial abuse of the royal prerogative in the past.<sup>65</sup> Recently, Prime Minister Stephen Harper has provided another such example. Implementing its Conservative 2006

election platform promise of a fixed general election date, the Conservative government set the next election date for October 2009<sup>66</sup> to prevent "leaders from trying to manipulate the calendar simply for partisan political advantage."<sup>67</sup> The subsequent violation of this law by the Conservative government in September 2008 was most disgraceful since Parliament was to reconvene within two weeks of the Prime Minister hastily asking the Governor General for a dissolution. A nonconfidence vote in the House of Commons might yet have brought down the government and forced an election, but Harper refused to await a decision of the House of Commons. Harper's actions exposed the Governor General to political speculation and controversy.

Although the Conservative government used statute law to "constrain the conventional power of the prime minister to seek dissolution whenever he smelled political advantage to do so,"<sup>68</sup> the legislation did not remove the reserve powers of the Governor General. The law explicitly stated: "Nothing in this section affects the powers of the Governor General, including the power to dissolve Parliament at the Governor General's discretion."<sup>69</sup> By relying on the latitude given by this clause in determining for himself the timing of the election, Prime Minister Harper not only offended the basic political morality of Canadians, but besmirched the office of the Governor General.

While constitutional experts agree that a Governor General is not empowered to dissolve Parliament without advice,<sup>70</sup> not all of them believe that Governor General Jean was required to accept Stephen Harper's advice to dissolve Parliament on 7 September 2008. Michael Biehels, for example, has suggested that the Governor General would have provoked "a *manufactured* constitutional crisis" by not accepting her Prime Minister's advice to dissolve Parliament. Because his actions violated the fixed election law, Biehels argues, accepting the Prime Minister's advice would, in fact, be "helping to undermine the rule of law."<sup>71</sup>

A controversy still exists regarding whether the King-Byng affair of 1926 set a constitutional convention whereby a Governor General must accept the advice of a prime minister request-



ing dissolution. Adrienne Clarkson has argued that the power of the Governor General to refuse dissolution exists, but “it would be justified only in the most exceptional of circumstances.”<sup>72</sup> She notes that if a government were to last six months, she would grant a prime minister a dissolution, but:

To put the Canadian people through an election before six months would have been irresponsible, and in that case I would have decided in favour of the good of the Canadian people and denied dissolution.<sup>73</sup>

In 1982, former Governor General Edward Schreyer mused in a similar fashion. In an interview with Canadian Press, he said that “he would have stepped in and ordered an election if Prime Minister Pierre Trudeau had tried to push through his constitutional plans despite continued provincial opposition.”<sup>74</sup> This statement met with a sharp rebuke from noted mid-century constitutional expert Eugene Forsey, who called it “appalling,” “dreadful,” and “indiscreet beyond belief.”<sup>75</sup> On the other hand, Mallory argued that the Governor General would have been acting within his powers since “A governor-general has the power to dismiss a prime minister, in effect forcing an election.”<sup>76</sup> Whatever the case, it is a mistake for a prime minister to place a Governor General in a position which invites controversy over the use of the reserve power of the Crown for partisan advantage.

In looking back over the past twenty-five years since the *Constitution Act, 1982* was proclaimed by the Queen that historic April day on Parliament Hill, the monarchy has continued to play a pivotal role at the very centre of our constitution. While the institution was entrenched in the 1982 Constitution, and the role of the Governor General expanded using powers granted in the *Letters Patent* rather than the constitutional amendment procedures, there are disquieting signs that the reserve powers of the Crown can be used by power-lusting prime ministers and premiers for their own partisan advantage. Consequently, the Governor General and Lieutenant-Governors must be very wary and wise in using the royal prerogative to protect the Constitution. This undertaking is

not easy in our system of responsible government in Canada, as politicians attempt to use the Crown’s reserve powers in their pursuit of political power.

## Notes

- \* Kenneth Munro, Department of History, University of Alberta. An earlier version of this article was presented to the conference entitled: The 25<sup>th</sup> Anniversary of the Canadian Constitution: Perspective from the West/25<sup>e</sup> anniversaire de la Constitution canadienne: perspectives de l’Ouest canadien, Campus Saint-Jean, Edmonton Alberta, 23 November 2007.
- 1 *Constitution Act 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11 (CanLII).
  - 2 Section 41 outlines those areas of the Constitution which require unanimous consent for amendment: “An amendment to the Constitution of Canada in relation to the following matters may be made by proclamation issued by the Governor General under the Great Seal of Canada only where authorized by resolutions of the Senate and House of Commons and of the legislative assembly of each province: (a) the office of the Queen, the Governor General and the Lieutenant-Governor of a province.”
  - 3 The United Kingdom, Antigua and Barbados, Australia, The Bahamas, Barbados, Belize, Grenada, Jamaica, New Zealand, Papua New Guinea, St Christopher and Nevis, St. Lucia, St. Vincent and the Grenadines, Solomon Islands, and Tuvalu. Juliet O’Neill, “Battle Royal” *Edmonton Journal* (29 September 2002) D10.
  - 4 The question of sovereignty has been complicated by the recognition of Aboriginal self-government. See *Campbell et al v. Nisga’a*, 2000 BCSC 619 (CanLII).
  - 5 James R. Mallory, *The Structure of Canadian Government*, revised ed. (Toronto: Gage Educational Publishing Company, 1984) at 34.
  - 6 *Ibid.*
  - 7 *Statute of Westminster 1931*, (U.K.) 22 & 23 Geo. V, c. 4, s. 2 (BAILII).
  - 8 *Ibid.* at preamble.
  - 9 R.S.C. 1985, c. R-12. See Mallory, *supra* note 5 at 36.
  - 10 (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3, reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 5 (CanLII).
  - 11 Fidelis, “A Very Alarming Situation: the New Threat to the Canadian Monarchy – What Next?” (Spring 2005) 23 *Canadian Monarchist News/Les*

- Nouvelles Monarchiques du Canada at 3 [Fidelis, "Alarming Situation"]. These powers are found in sections 14, 15, 16, 17, 26, 55, 56, 57 and 146 of the *Constitution Act, 1867*, *supra* note 10. See J.L. Finlay & D.N. Sprague, *The Structure of Canadian History* 5th ed. (Scarborough, ON.: Prentice Hall Allyn and Bacon Canada, 1997) at 604, 607, 617-18 and 146.
- 12 Adrienne Clarkson, *Heart Matters: a Memoir* (Toronto: Viking Canada, 2006) at 189-90.
- 13 The key sections of the *Letters Patent* of 1947 read:
- II. And We do hereby authorize and empower Our Governor General, with the advice of Our Privy Council for Canada or of any members thereof or individually, as the case requires, to exercise all powers and authorities lawfully belonging to Us in respect of Canada, and for greater certainty but not so as to restrict the generality of the foregoing to do and execute, in the manner aforesaid, all things that may belong to his office and to the trust We have reposed in him according to the several powers and authorities granted or appointed him by virtue of the Constitution Acts, 1867 to 1940 and the powers and authorities hereinafter conferred in these Letters Patent and in such Commission as may be issued to him under Our Great Seal of Canada and under such laws as are or may hereinafter be in force in Canada.
- IV. And WE do further authorize and empower Our Governor General to constitute and appoint, in Our name and on Our behalf, all such Judges, Commissioners, Justices of the Peace, and other necessary Officers (including diplomatic and consular officers) and Ministers of Canada, as may be lawfully constituted or appointed by Us.
- 14 Jules Léger, *Jules Léger: Gouverneur Général du Canada/Governor General of Canada 1974-1979* (Montréal: La Presse, 1982) at 214.
- 15 Mallory, *supra* note 5 at 37.
- 16 *Ibid.*
- 17 *Royal Style and Titles Act 1973* (Cth) (AustLII).
- 18 Mallory, *supra* note 5 at 37.
- 19 *Ibid.*
- 20 Christopher McCreery, *The Canadian Honours System* (Toronto: Dundurn Press, 2005) at 60.
- 21 Jacques Monet, "Jules Léger: the Man and the Mandate" in Léger, *supra* note 14 at 14 and 22.
- 22 Léger, *supra* note 14 at 224.
- 23 Fidelis, "Alarming Situation," *supra* note 11 at 2.
- 24 Peter Stursberg, *Roland Michener: The Last Viceroy* (Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1989) at 164. Adrienne Clarkson quotes this passage from Stursberg's book in her autobiography. See Clarkson, *supra* note 12 at 194.
- 25 Léger, *supra* note 14 at 214.
- 26 Fidelis, "Alarming Situation," *supra* note 11 at 2.
- 27 Mallory, *supra* note 5 at 38.
- 28 Fidelis, "Alarming Situation," *supra* note 11 at 2.
- 29 Léger, *supra* note 14 at 216.
- 30 Pierre Elliott Trudeau, *A Time for Action: Towards the Renewal of the Canadian Federation* (Ottawa: Government of Canada, 1978).
- 31 Bill C-60, *An Act to amend the Constitution of Canada with respect to matters coming within the legislative authority of the Parliament of Canada, and to approve and authorize the taking of measures necessary for the amendment of the Constitution with respect to certain other matters*, 3rd Sess., 30th Parl., 1978 (as introduced 20 June 1978) [*Constitutional Amendment Act, 1978*].
- 32 Richard Gwyn, *The Northern Magus: Pierre Trudeau and Canadians* (Toronto: McClelland & Stewart, 1980) at 268.
- 33 Canada, *The Constitutional Amendment Bill: text and explanatory notes* (Ottawa: Government of Canada, 1978) at 16 [*Constitutional Amendment Bill*]. See Bill C-60, *supra* note 31, sections 42-48.
- 34 Editorial, *The Ottawa Citizen* (22 June 1978) 6.
- 35 John Gray, "Constitutional Reforms Unveiled: Language Rights high on list" *The Ottawa Citizen* (21 June 1978) 1.
- 36 Charles Lynch, "'Cure' worse than the disease" *The Ottawa Citizen* (22 June 1978) 7.
- 37 *Supra* note 10 at section 17.
- 38 Bill C-60, *supra* note 31 at section 56.
- 39 *Ibid.* at section 30.
- 40 *Ibid.*
- 41 *Ibid.* at section 43.
- 42 *Ibid.* at section 44.
- 43 *Supra* note 10 at section 15.
- 44 *Supra* note 31 at section 47.
- 45 For the constitutional provisions referring to reservations and disallowance, see *Constitution Act, 1867*, *supra* note 10 at sections 55-57.
- 46 *Victoria Charter*, Part X – Modernization of the Constitution, article 59. The amendments would have affected part of sections 55 and 90, and all of sections 56 and 57 of the *Constitution Act, 1867*, *supra* note 10.
- 47 *Victoria Charter*, Part III – Provinces and Territories, article 21 (declaring the retention of the office of Lieutenant Governor).
- 48 Pierre Elliott Trudeau, *Memoirs* (Toronto: McClelland & Stewart, 1993) at 231.
- 49 Bill C-60, *supra* note 31 at sections 42-48 and 79-84; see Gray, *supra* note 35 at 1.
- 50 Norman Ward, *Dawson's The Government of Canada*, 6th ed. (Toronto: University of Toronto Press, 1987) at 193-94.
- 51 Brian Mulroney, *Memoirs 1939-1993* (Toronto: McClelland & Stewart, 2007) at 813.
- 52 Fidelis, "The Clarkson-Saul Years at Rideau Hall" (Fall/Winter 2005) 24 *Canadian Monarchist*

- News/Les Nouvelles Monarchiques du Canada* at 7.
- 53 Fidelis, “Alarming Situation,” *supra* note 11 at 1.
- 54 Stursberg, *supra* note 24 at 202.
- 55 Clarkson, *supra* note 12 at 200.
- 56 Governor General of Canada, Media Release, “Media For the First Time, a Head of State is Officially Welcomed at the Governor General’s Residence at the Citadelle: One of the Highlights of the Governor General’s Program During Her Stay in Quebec City from September 18 to 24, 2006” (18 September 2006).
- 57 *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100.
- 58 R.S.Q. 1977, c. C-11.
- 59 Mallory, *supra* note 5 at 370.
- 60 David E. Smith, *The Invisible Crown: The First Principle of Canadian Government* (Toronto: University of Toronto Press, 1995) at 43. The Governor General’s reserve powers arguably include at least the power to appointment and dismiss the prime minister and to dissolve Parliament.
- 61 Barbara J. Messamore, *Canada’s Governors General, 1847-1878: Biography and Constitutional Evolution* (Toronto: University of Toronto Press, 2006) at 25.
- 62 *Ibid.* at 25-26.
- 63 *Ibid.* at 27.
- 64 Errol P. Mendes, “Harper’s snap election call would violate ‘principle’ he fought for: It will take some twisted rhetoric to justify breaking with fixed election date” *Edmonton Journal* (29 August 2008) A16.
- 65 *Supra* note 60 at 57.
- 66 *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, s. 56.1(2), as enacted by *An Act to amend the Canada Elections Act* S.C. 2007, c. 10.
- 67 “Harper promises law to set election date every four years,” online: CBC News (26 May 2006) <<http://www.cbc.ca/canada/story/2006/05/26/fixed-vote-060526.html>>.
- 68 Mendes, *supra* note 64.
- 69 *Canada Elections Act*, *supra* note 66 at section 56.1(1).
- 70 Smith, *supra* note 60 at 59.
- 71 Michael D. Behiels, “Michael D. Behiels The PM and the law,” online: *Ottawa Citizen* (5 September 2008) <<http://www.canada.com/ottawacitizen/news/opinion/story.html?id=87efb8e0-1adb-457e-99ce-847a3815579c>> [emphasis added].
- 72 Clarkson, *supra* note 12 at 192.
- 73 *Ibid.*
- 74 “Could have called election, Governor-General says: Schreyer would have blocked forced patriation” *The Globe and Mail* (22 January 1982) 8.
- 75 *Ibid.*
- 76 *Ibid.*



# *Les droits linguistiques et la Charte : vingt-cinq années de progression vers l'égalité? Une perspective de l'Ouest canadien*

**Michel Doucet\***

## **Introduction : Les droits linguistiques dans l'Ouest canadien avant la *Charte***

Lors de la Confédération en 1867 certains droits linguistiques seront constitutionnalisés. L'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit un bilinguisme en matière législative et judiciaire, mais seulement en ce qui concerne la province de Québec et le Parlement fédéral<sup>1</sup>. La seule autre province qui ait à l'origine bénéficié de garanties constitutionnelles en matière de droits linguistiques est le Manitoba, aux termes de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*<sup>2</sup>.

À l'origine, la Saskatchewan et l'Alberta faisaient partie des Territoires du Nord-Ouest et avaient, par conséquent, hérité du dispositif juridique fédéral instauré par l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les Territoires du Nord-Ouest relevaient de l'article 110 de la *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*, disposition analogue à l'article 133<sup>3</sup>. Après 1892, cependant les Territoires du Nord-Ouest ne tinrent aucun compte des obligations qui leur incombaient en matière linguistique. La Saskatchewan et l'Alberta, elles aussi, méconnurent, après leur création en 1905, les obligations auxquelles elles étaient tenues dans le domaine. Dans l'arrêt *R. c. Mercure*<sup>4</sup>, la Cour suprême du Canada confirmera cependant que les droits linguistiques énoncés à l'article 110 de la *Loi sur les Territoires*

*du Nord-Ouest* continuaient à s'appliquer en Saskatchewan et en Alberta, tout en jugeant que ces droits n'étaient pas ancrés dans la Constitution. Les deux provinces adoptèrent par la suite des lois abrogeant à peu près toutes les garanties linguistiques inscrites dans la *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*.

En 1982, la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>5</sup> est proclamée. Dans ses articles 16 à 23, la *Charte* offre des garanties linguistiques importantes. La *Charte* ajoute le Nouveau-Brunswick au nombre des provinces bilingues et vient renforcer et ajouter aux droits garantis par l'article 133. Pour sa part, l'article 23 de la *Charte* consacre, dans chacune des provinces et territoires, le droit à l'instruction dans la langue de la minorité<sup>6</sup>.

Dans la présentation qui suit, nous tenterons de dégager l'apport des provinces de l'ouest dans le développement de la jurisprudence qui aura permis l'interprétation des garanties linguistiques prévues dans la *Charte*.

## **La jurisprudence avant la *Charte***

Avant l'adoption de la *Charte*, la jurisprudence en matière de droits linguistiques était rare. Il y avait bien eu quelques arrêts de la Cour suprême du Canada portant sur l'interprétation des articles 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>7</sup>, mais règle générale ces décisions se concentraient essentiellement sur des attaques con-



tre la Loi 101 adoptée par le gouvernement québécois. Dans l'Ouest canadien, cette jurisprudence était rare, pour ne pas dire inexistante.

Pourtant, deux décisions des tribunaux manitobains avaient, vers la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle, reconnu le caractère inaliénable de l'article 23, mais ces deux décisions avaient tout simplement été ignorées par les instances politiques. En effet, en 1892, dans l'affaire *Pellant c. Hébert*<sup>8</sup>, la Cour avait jugé inconstitutionnelle la *Act to Provide that the English Language Shall Be the Official Language of the Province of Manitoba*<sup>9</sup>, estimant que le Manitoba n'avait pas la compétence voulue pour modifier ou abroger les garanties linguistiques inscrites à l'article 23. Le Manitoba ne tint cependant aucun compte de cette décision et la pratique de l'unilinguisme s'est poursuivie. En 1909, appelée à se prononcer dans le cadre de l'affaire *Bertrand c. Dussault*, la Cour de comté de St-Boniface dans un jugement non publié rendu le 30 juin 1909, reproduit dans *Re Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba*<sup>10</sup>, déclare à nouveau inconstitutionnelle la loi faisant de l'anglais la seule langue officielle de la province. Encore une fois, les autorités provinciales ne tinrent aucun compte de la décision du tribunal.

Ce n'est qu'en 1979, dans l'arrêt *Procureur général du Manitoba c. Forest*<sup>11</sup>, que la Cour suprême sera appelée à interpréter l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Dans cette affaire, la Cour avait à répondre à la question à savoir si la législature du Manitoba n'outrepassait pas ses compétences en adoptant ses lois uniquement en anglais. Il y avait, aux yeux de la Cour, un conflit évident entre la loi provinciale de 1890 faisant de l'anglais la seule langue officielle de la province et l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. La Cour conclut que la province du Manitoba pouvait modifier sa Constitution, mais qu'elle n'avait pas l'autorité pour modifier les droits linguistiques reconnus par l'article 23. La Cour a assimilé l'article 23 à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, partie intégrante de la Constitution du Canada qui, à ce titre ne saurait être modifiée unilatéralement par une province.

Cette décision faisait de la province du

Manitoba, au moins sur le plan législatif et judiciaire, une province bilingue au même titre que la province de Québec et que le Parlement fédéral.

## La jurisprudence après la *Charte*

(a) *La contribution de l'Ouest aux décisions ayant permis d'établir les principes d'interprétation de la Charte.*

Même si elle ne porte pas sur la *Charte*, la décision dans l'affaire *R. c. Mercure*<sup>12</sup> demeure, malgré tout, incontournable. Dans cette affaire, André Mercure, un prêtre fransaskois, avait été accusé d'excès de vitesse en contravention d'une loi de la province de la Saskatchewan. Devant la Cour provinciale, son avocat avait demandé le report de l'affaire, en attendant que le greffier de l'Assemblée législative de la province puisse produire la disposition en cause dans sa version française. Il demandait également à la Cour de pouvoir enregistrer son plaidoyer en français et de subir son procès dans cette langue. En première instance, le juge Deshaye estima que l'obligation fixée par l'article 110 de la *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest* en matière de publication des lois ne s'imposait qu'à l'Assemblée territoriale, et non à la législature de la Saskatchewan<sup>13</sup>. La Cour d'appel rejeta le pourvoi du père Mercure<sup>14</sup>. La Cour suprême accepta d'entendre le pourvoi.

Le juge La Forest a rendu le jugement pour la majorité de la Cour. Il estima que la question qui était soumise à la Cour pouvait être tranchée au vu des principes normalement applicables en matière d'interprétation des lois. L'ensemble des parties ayant insisté sur l'histoire législative des dispositions en cause, il se livra également à un long et intéressant exposé historique de l'origine de l'article 110<sup>15</sup>.

Dans cette décision, le juge La Forest insista sur l'importance que revêtent les droits linguistiques<sup>16</sup>. En ce qui concerne l'article 110, la Cour conclut que cette mesure législative était toujours en vigueur et que les lois de la Saskatchewan, et implicitement celles de l'Alberta, devaient être promulguées, imprimées et publiées en français et en anglais. Le juge La Forest

ajoute qu'il serait faux de voir dans l'article 110 qu'une mesure transitoire et il rappelle qu'une telle disposition demeure en vigueur jusqu'à son abrogation.

Bien que la Cour ait conclu que l'article 110 était toujours en vigueur lors de la création des provinces de la Saskatchewan et de l'Alberta, elle ajoute qu'il n'a pas été constitutionnalisé, comme ce fut le cas pour l'article 23 de *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Puisqu'elle n'est pas une disposition constitutionnelle, elle peut donc être modifiée ou abrogée par une simple loi<sup>17</sup>.

Les lois promulguées en anglais seulement par la législature ont été déclarées invalides et celle-ci fut tenue de prendre les mesures nécessaires pour rectifier à ce manquement dans un délai raisonnable. Selon le juge La Forest, la législature pouvait procéder à la traduction des lois et, ensuite, les promulguer, les faire imprimer et publier dans les deux langues. Elle pouvait aussi recourir à « l'expédient manifeste, voire même ironique » d'adopter une loi bilingue supprimant la restriction imposée par l'article 110 en matière de mode et de forme, puis déclarer valides rétroactivement, toutes les lois provinciales malgré leur promulgation, leur impression et leur publication dans leur seule version anglaise<sup>18</sup>. C'est d'ailleurs cet expédient « ironique » qu'utiliseront l'Alberta et la Saskatchewan pour se débarrasser de l'irritant que constituait l'article 110.

L'arrêt de la Cour suprême n'échappe certainement pas à la critique. En effet, la conclusion de la Cour dans cette affaire confirme que ce qui pour les Franco-manitobains est immuable (l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*) peut, dans le cas des provinces de l'Alberta et de la Saskatchewan, être abrogé par une simple loi provinciale. Cette conclusion de la Cour est lourde de conséquences pour les communautés francophones du Canada, puisqu'elle semble reconnaître que les gouvernements provinciaux peuvent abroger sans problème les droits linguistiques législatifs de ces provinces. Ainsi, seules les provinces du Nouveau-Brunswick, du Québec et du Manitoba seraient à l'abri de telles modifications puisqu'elles ont des droits linguistiques constitutionnalisés.

Cette conclusion de la Cour suprême nous semble cependant contraire au principe de la progression vers l'égalité reconnue au paragraphe 16(3) de la *Charte*, ainsi qu'au principe constitutionnel non écrit de la protection des minorités reconnu dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*<sup>19</sup>. Nous reviendrons sur ces questions un peu plus loin dans notre exposé.

Revenons maintenant aux décisions portant spécifiquement sur la *Charte*. Une décision importante lorsque vient le temps de parler de principes d'interprétation des droits linguistiques de la *Charte* est, sans contredit, le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*<sup>20</sup>. Cette décision pose comme principe que l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* est une manifestation d'un droit général pour tous les Manitobains, francophones comme anglophones, à « l'accès égal au corps législatif, aux lois et aux tribunaux<sup>21</sup> ». De plus, la Cour ajoute que les droits linguistiques sont fondés sur la dignité humaine :

L'importance des droits en matière linguistique est fondée sur le rôle essentiel que joue la langue dans l'existence, le développement et la dignité de l'être humain. C'est par le langage que nous pouvons former des concepts, structurer et ordonner le monde autour de nous. Le langage constitue le pont entre l'isolement et la collectivité, qui permet aux êtres humains de délimiter les droits et obligations qu'ils ont les uns envers les autres, et ainsi, de vivre en société<sup>22</sup>.

Malheureusement, cette approche généreuse quant à l'interprétation des droits linguistiques sera oubliée pendant un certain temps, à la suite de trois décisions de la Cour suprême du Canada rendues le même jour, et dont une provenait du Manitoba. En effet, dans la trilogie *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick c. Association of Parents for Fairness in Education*<sup>23</sup>, *MacDonald c. Ville de Montréal*<sup>24</sup>, et *Bilodeau c. Procureur général du Manitoba*<sup>25</sup>, la Cour suprême adopte une position selon laquelle les droits linguistiques sont le fruit de compromis politiques et qu'en conséquence, ils doivent être interprétés restrictivement. L'article 19 de la *Charte*, l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* sont interprétés de telle manière que

le droit de parler l'une ou l'autre des langues officielles devant une cour de justice n'inclut pas le droit d'être compris par le juge directement dans cette langue.

Or, les décisions qui suivront, dont plusieurs tirent leur origine de litige ayant pris naissance dans l'Ouest, viendront atténuer le caractère restrictif de la trilogie. Ainsi dans *R. c. Mercure*, la majorité de la Cour relie l'interprétation des droits linguistiques à leur objet, en reconnaissant qu'ils sont un enjeu national important et qu'ils participent des droits fondamentaux de la personne<sup>26</sup>.

Dans *Mahe c. Alberta*<sup>27</sup>, écartant l'approche restrictive de la trilogie, la Cour suprême conclut que l'article 23 de la *Charte* doit s'interpréter selon son objet :

L'objet général de l'art. 23 est clair : il vise à maintenir les deux langues officielles du Canada ainsi que les cultures qu'elles représentent et à favoriser l'épanouissement de chacune de ces langues, dans la mesure du possible, dans les provinces où elle n'est pas parlée par la majorité<sup>28</sup>.

Elle insiste aussi sur le lien étroit qui existe entre langue et culture :

Mon allusion à la culture est importante, car il est de faits que toute garantie générale de droits linguistiques, surtout dans le domaine de l'éducation, est indissociable d'une préoccupation à l'égard de la culture véhiculée par la langue en question. Une langue est plus qu'un simple moyen de communication; elle fait partie intégrante de l'identité et de la culture du peuple qui la parle. C'est le moyen par lequel les individus se comprennent eux-mêmes et comprennent le milieu dans lequel ils vivent<sup>29</sup>.

Arrive ensuite l'arrêt *R. c. Beaulac*<sup>30</sup>, qui prend origine en Colombie-Britannique et qui porte sur l'interprétation de l'article 530 du *Code criminel canadien*, lequel garantit à un accusé le droit à un procès dans l'une ou l'autre des langues officielles<sup>31</sup>. Dans cette décision, la Cour suprême abandonne de manière non équivoque la théorie du « compromis politique » énoncée dans la trilogie au profit d'une approche téléologique fondée sur l'objet des droits linguistiques :

Les droits linguistiques doivent *dans tous les cas* être interprétés en fonction de leur objet, de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada; voir *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, précité, à la p. 850. Dans la mesure où l'arrêt *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick*, précité, aux pp. 579 et 580, préconise une interprétation restrictive des droits linguistiques, il doit être écarté<sup>32</sup>.

La décision dans l'affaire *Beaulac* marquera la renaissance d'une interprétation libérale des droits linguistiques. Elle sera suivie d'autres décisions qui viendront donner une nouvelle impulsion aux droits linguistiques<sup>33</sup>.

## Les articles 16 à 20 de la *Charte*

Puisque ces dispositions ne s'appliquent pas spécifiquement aux provinces de l'ouest, il y a peu de jurisprudence provenant de celles-ci portant sur leur interprétation. D'ailleurs, même au niveau canadien et néo-brunswickois, la jurisprudence portant sur ces dispositions fait grandement défaut.

Toutefois, certaines décisions méritent que nous nous y attardions. Nous avons plus haut fait référence à la décision dans l'affaire *Mercury* dans laquelle la Cour suprême avait jugé qu'il n'y avait pas d'obligation linguistique constitutionnelle dans le processus législatif en Saskatchewan et, indirectement en Alberta, parce que l'article 110 de la *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest* n'avait pas été enchâssé dans la Constitution. En 1995, un autre fransaskois, M. René Rottiers, a demandé aux tribunaux de préciser si la législature de la Saskatchewan n'avait pas une certaine obligation de traduire des lois provinciales importantes ou d'intérêt public en Saskatchewan, mais la Cour d'appel a rejeté cet argument<sup>34</sup>.

Cependant, depuis que la Cour suprême du Canada a rendu son opinion dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, la question du réexamen de la validité constitutionnelle de l'article 110 est à nouveau soulevée, cette fois en Alberta. Le 2 juillet 2008, l'honorable juge Leo Wenden, de la Cour provinciale de l'Alberta rendait un juge-



ment dans une affaire impliquant Gilles Caron, un francophone résidant en Alberta, qui était accusé d'avoir contrevenu au paragraphe 34(2) de la *Use of the Highways and Rules of the Road Regulations*. Dans ce jugement la Cour provinciale déclarait inopérants, en ce qui concerne l'accusé, Gilles Caron, l'article 4 de la *Languages Act*, R.S.A. et le paragraphe 34(2) des *Use of the Highways and Rules of the Road Regulations*, parce que ces dispositions n'ont pas été publiées en français. Dans ses motifs, la Cour provinciale conclut également que la Constitution protège, en Alberta, le statut et l'usage du français :

- dans la législature de l'Alberta et relativement aux lois adoptées en Alberta ;
- dans le système judiciaire albertain ; et
- dans le domaine des services offerts par le gouvernement de l'Alberta<sup>35</sup>?

La remise en question de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Mercury* est d'autant plus pertinente si nous prenons en considération le principe de la progression vers l'égalité reconnue au paragraphe 16(3) de la *Charte*. Ce paragraphe exprime l'objectif constitutionnel suivant : faire progresser l'égalité réelle des deux langues officielles au Canada<sup>36</sup>. Cette disposition, interprétée à la lumière du principe constitutionnel non écrit de la protection des minorités, aurait dû empêcher le gouvernement de l'Alberta de prendre des décisions ayant pour effet le recul dans l'égalité de la langue française et de la langue anglaise dans cette province. S'il est exact que l'Alberta n'a pas d'obligations constitutionnelles explicites découlant des articles 17 à 22 de la *Charte*, il importe d'ajouter qu'elle demeure liée par le paragraphe 16(3) et par le principe qui en découle.

Les deux langues officielles ont reçu au Canada un statut constitutionnel par l'inscription dans la *Charte* des droits linguistiques. Mais cette inscription est incomplète et participe d'un processus plus large toujours inachevé. D'ailleurs, la conclusion de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* en est une confirmation. En effet, le texte du paragraphe 16(3) révèle qu'il vise beaucoup plus que d'étendre le statut et l'usage des langues officiel-

les inscrit à l'article 16. Il est juste que ce paragraphe vise à codifier le principe de l'arrêt *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*<sup>37</sup>, à savoir que les dispositions constitutionnelles de la *Charte* sont un seuil, et non un plafond. Le Parlement et les législatures provinciales, dans leurs sphères de compétence respectives, peuvent ajouter à ces droits. Or, ce paragraphe renferme également un principe de « progression » vers l'égalité de statut ou d'usage des langues officielles.

Pour appuyer nos prétentions, nous appuyons sur l'opinion dissidente de la juge Wilson, qui déclarait dans l'arrêt *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick* :

Toutefois, il ressort clairement du par. 16(3) que ces conséquences représentent le but visé plutôt que la réalité actuelle; il s'agit de quelque chose dont le Parlement et les législatures doivent « favoriser la progression ». Cela semblerait conforme à l'esprit de l'arrêt *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick* [...], savoir que les législatures ne peuvent déroger à des droits déjà accordés, mais elles peuvent en étendre la portée. *À condition que la législation « favorise la progression » vers l'égalité de statut des deux langues officielles, les cours n'y toucheront pas; dans l'hypothèse contraire, elle ne résistera pas à l'examen judiciaire.* J'estime toutefois qu'aucun droit à un redressement ne découle inévitablement du fait que le but n'ait pas encore été atteint à un moment donné. *J'abonde dans le sens de ceux qui voient dans l'art. 16 un principe de croissance ou de développement, une progression vers un objectif ultime. La question, selon moi, sera donc toujours de savoir où nous en sommes présentement dans notre cheminement vers le bilinguisme et si la conduite attaquée peut être considérée comme appropriée à ce stade de l'évolution.* Dans l'affirmative, même si la conduite en question ne reflète pas la pleine égalité de statut et l'égalité quant aux droits à l'usage des langues officielles, elle ne sera pas contraire à l'esprit de l'art. 16 (emphasis par l'auteur)<sup>38</sup>.

Cette opinion dissidente rejoint les propos du juge Bastarache dans l'arrêt *R. c. Beaulac*, lorsqu'il affirme :

Je conviens que l'existence d'un compromis politique n'a aucune incidence sur l'étendue des droits linguistiques. L'idée que le par. 16(3)

de la *Charte* qui a officialisé la notion de progression vers l'égalité des langues officielles du Canada exprimée dans l'arrêt *Jones*, précité, limite la portée du par. 16(1) doit également être rejetée. Ce paragraphe confirme l'égalité réelle des droits linguistiques constitutionnels qui existent à un moment donné (emphase par l'auteur)<sup>39</sup>.

De ce passage de *Beaulac*, nous retenons :

1. que le paragraphe 16(3) officialise la notion de « progression » vers l'égalité des langues officielles au Canada; et
2. qu'il confirme l'égalité réelle des droits linguistiques constitutionnels qui existent à un moment donné.

Ainsi, il devrait normalement s'ensuivre qu'un recul dans la « progression » vers l'« égalité réelle » des deux langues officielles nuira à cette « égalité réelle » des droits linguistiques constitutionnels qui existent à un moment donné. En conséquence, l'Alberta ne peut, par l'adoption de sa *Loi linguistique*<sup>40</sup>, déroger aux droits linguistiques dont bénéficiait la communauté linguistique francophone de cette province en raison de l'article 110 de la *Loi des Territoires du Nord-Ouest*. C'est à la lumière de ces arguments qu'un tribunal devrait trancher la constitutionnalité de la *Loi linguistique* et faire une nouvelle lecture de la décision dans l'affaire *Mercury* où ces arguments n'avaient pas été soulevés.

Il est important également de rappeler que les propos du juge La Forest dans l'arrêt *Mercury*, concernant les différents moyens mis à la disposition des gouvernements de l'Alberta et de la Saskatchewan pour répondre au problème que soulève pour eux l'article 110, faisaient parties d'une remarque incidente. Une lecture attentive des motifs révèle, à notre avis, que cet élément de son analyse ne constituait pas un maillon essentiel de son raisonnement sur la question qui lui était posée et que, par conséquent, elle ne fait pas partie de son *ratio decidendi*. Or, si tel est le cas, la question de la constitutionnalité de la *Loi linguistique* n'est pas *res judicata* et demeure entière. En d'autres mots, le tribunal saisi de l'affaire *Caron* est pleinement compétent pour juger de la constitutionnalité

de la *Loi linguistique*. Nous soutenons que le pouvoir du gouvernement d'abroger l'article 110 ne lui conférait aucunement le droit d'enlever, sans justification légitime, l'essentiel des droits qui étaient reconnus à l'article 110. À tout le moins, avant de prendre cette décision, il avait l'obligation d'évaluer quel impact celle-ci aurait sur la communauté minoritaire de langue officielle. La question, selon nous, est donc de savoir où nous en sommes actuellement dans notre cheminement vers l'égalité des langues officielles en Alberta, et si la conduite attaquée peut être considérée comme appropriée à ce stade de cette évolution. À notre avis, le gouvernement albertain n'a jamais fait cette preuve et ne peut donc justifier l'abolition de l'article 110.

Dans une autre affaire qui touche cette fois directement aux dispositions de la *Charte*, la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest (T.N.-O.) est saisie de la question de savoir si les institutions des Territoires du Nord-Ouest sont des « institutions du Parlement et du gouvernement du Canada » au sens des articles 16 et 20 de la *Charte* et, dans l'affirmative, quelle est la responsabilité du gouvernement fédéral à cet égard.<sup>41</sup>

Bien quelle ne porte pas sur une disposition de la *Charte*, j'attire également votre attention sur la décision récente de la Cour d'appel du Yukon dans l'arrêt *Kilrich Industries Ltd. c. Halotier*<sup>42</sup>.

## L'article 23 et le droit à l'éducation dans la langue de la minorité

L'acquis le plus important pour les communautés minoritaires de langue officielle lors de l'adoption de la *Charte* est sans contredit l'article 23. Cet article prévoit essentiellement le droit pour les parents appartenant à une minorité linguistique de langue officielle dans la province et les territoires où ils résident de faire instruire leurs enfants dans cette langue aux niveaux primaire et secondaire<sup>43</sup>. Toutefois, ce droit est garanti uniquement lorsque « le nombre d'enfants le justifie ». Par ailleurs, si le nombre le justifie, ce droit à l'instruction comprend également le droit à des « établissements d'enseignement de la minorité linguistique » et éventuellement un

« droit de gestion ».

Pour obtenir ce droit, les parents doivent démontrer qu'ils appartiennent à l'une des trois catégories de titulaires prévues par l'article 23. La première catégorie comprend les personnes dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone. La deuxième catégorie concerne les parents qui ont reçu, au Canada, leur instruction primaire dans la langue de la minorité de la province où ils résident. Enfin, la troisième catégorie prévue par le paragraphe 23(2) dépend de la langue d'instruction de l'enfant<sup>44</sup>.

L'article 23 a donné lieu à plusieurs contestations judiciaires, lesquelles ont contribué à clarifier, d'une part, la nature et la portée des droits linguistiques des parents et, d'autre part, les obligations incombant aux gouvernements provinciaux pour en assurer la mise en œuvre. Plusieurs de ces décisions tirent leur origine de contestations judiciaires initiées dans les provinces de l'ouest.

Dans l'arrêt de principe, *Mahe c. Alberta*, la Cour suprême du Canada affirme que l'article 23 a un caractère réparateur<sup>45</sup>. Elle ajoute également qu'une interprétation restrictive de cette disposition serait inappropriée. Selon la Cour, l'article 23 est destiné à remédier, à l'échelle nationale, à l'érosion progressive des minorités parlant l'une ou l'autre des langues officielles. En outre, la Cour a reconnu que, de par leur nature même, les droits garantis par l'article 23 imposent aux gouvernements des obligations positives.

En ce qui concerne le droit à l'instruction, les tribunaux précisent que l'article 23 garantit la possibilité de recevoir une instruction « dans le cadre d'un programme adapté aux besoins de la minorité et reflétant ses valeurs et sa culture <sup>46</sup> » et a ajouté que « les élèves de langue française devraient vivre en français dans la cour de récréation, à l'occasion des activités hors programme ainsi que dans les classes<sup>47</sup> ».

Dans l'affaire *Mahe*, la Cour suprême avait également ajouté que la disposition accordait aux parents le droit de gestion lorsque le nombre d'enfants le justifie. La Cour y a aussi donné

plusieurs indications relativement au droit de gestion des parents ayants droit. Elle a pris soin, par exemple, de préciser que cette gestion et ce contrôle sont essentiels au respect de l'objet de l'article 23 de la *Charte*, qui consiste à « maintenir les deux langues officielles du Canada ainsi que les cultures qu'elles représentent et à favoriser l'épanouissement de chacune de ces langues, dans la mesure du possible, dans les provinces où elle n'est pas parlée par la majorité<sup>48</sup> ». Elle a ajouté que « cette gestion et ce contrôle [...] sont nécessaires parce que plusieurs questions de gestion en matière d'enseignement (programmes d'études, embauchage et dépenses, par exemple) peuvent avoir des incidences sur les domaines linguistique et culturel<sup>49</sup> ». Ce qui est essentiel, dira la Cour, c'est que le groupe linguistique minoritaire ait un contrôle sur « les aspects de l'éducation qui concernent ou qui touchent sa langue et sa culture<sup>50</sup> ».

Enfin, la Cour suprême du Canada a interprété l'article 23 de la *Charte* comme prévoyant un « droit à contenu variable » en ce qui concerne à la fois le droit à l'instruction et le droit de gestion. Ce qui est requis dans chaque cas dépend de ce qui est justifié par le nombre d'enfants, et ce nombre devrait en principe correspondre au nombre de personnes raisonnablement envisageables qui pourrait se prévaloir de ce droit. Ce qui est requis dans chaque cas dépend principalement de considérations pédagogiques et financières. Dans tous les cas, l'instruction dans la langue de la majorité et dans celle de la minorité devra toutefois être de qualité équivalente.

Ainsi, selon le nombre d'élèves en cause, l'article 23 de la *Charte* peut justifier l'établissement de classes ou la mise en place d'établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés par les fonds publics. Quant au degré de gestion ou de contrôle, l'article 23 peut, toujours en fonction du nombre d'enfants, justifier l'existence d'un conseil scolaire de la minorité linguistique.

À la suite du *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques au Manitoba* qui avait établi, comme nous venons de le voir, que le droit aux établissements comprenait celui de recevoir l'enseignement dans des lieux physiques dis-

tincts, des tribunaux ont reconnu que, dans certaines circonstances, les enfants de la minorité pouvaient partager certains types de locaux avec des enfants de la majorité.

C'est ainsi que la Cour d'appel de la Saskatchewan rendait, dans la décision *Conseil scolaire fransaskois de Zenon Park c. Saskatchewan*<sup>51</sup>, une ordonnance obligeant la construction d'édifices scolaires mobiles pour la minorité à côté d'une école de la majorité et a exigé que cette dernière fournisse à la minorité l'accès au gymnase, aux vestiaires et aux toilettes de même qu'au laboratoire de sciences, à la bibliothèque et à la médiathèque.

Ces décisions montrent la contribution importante que les affaires judiciaires initiées dans les provinces de l'Ouest ont pu avoir sur l'interprétation de l'article 23. Ces décisions ont nécessité l'engagement de justiciables qui ont accepté d'agir afin que la collectivité francophone dans son ensemble puisse profiter des droits qu'on lui avait reconnus, mais que l'on tardait à mettre en œuvre. Ces décisions montrent également la détermination d'avocats qui en utilisant une bonne dose d'imagination et de conviction ont réussi à convaincre les tribunaux que les droits linguistiques n'étaient pas inertes, mais qu'ils exigeaient une interprétation généreuse si l'on voulait qu'ils réalisent l'objectif qui est le leur.

## Conclusion

Les provinces de l'Ouest canadien ont été une terre fertile pour l'évolution judiciaire des droits linguistiques reconnus dans la *Charte* et dans les autres textes constitutionnels. Malgré les aléas de l'histoire qui ne leur ont pas toujours été favorables, les communautés francophones de l'Ouest n'ont pas hésité à utiliser les quelques droits constitutionnels qui leur étaient reconnus afin d'assurer le développement et l'épanouissement de leurs communautés. Acceptant de relever une tâche que plusieurs considéraient comme impossible, ils ont réussi à faire renaître des droits et à faire avancer ceux qui leur avaient été parcimonieusement accordés en 1982, avec l'adoption de la *Charte*.

## Notes

- \* Michel Doucet, avocat et professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Moncton.
- Présenté dans le cadre du colloque portant sur le , « 25<sup>e</sup> anniversaire de la Constitution canadienne : perspective de l'Ouest canadien » organisé par la University of Alberta et l'Institut d'études canadiennes, le 24 novembre 2007.
- 1 *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c.3, art. 133, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n°5 (IIJCan).
  - 2 *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.R.C. 1970, app. II, art. 23.
  - 3 *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest* (L.R., 1985, ch. N-27).
  - 4 1988 CSC 107, [1988] 1 R.C.S. 234 (IIJCan) [*Mercur*].
  - 5 *Charte canadienne des droits et libertés*, 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 (IIJCan) [*Charte*].
  - 6 *Ibid.* à l'article 23.
  - 7 *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182 ; *Blaikie c. Procureur général du Québec*, [1979] 1 R.C.S. 1011 ; *Blaikie c. Procureur général du Québec (no 2)*, [1981] 1 R.C.S. 312.
  - 8 Cour de comté de St-Boniface, 9 mars 1892, jugement non publié, reproduit (1981) 12 R.G.D. 242.
  - 9 1890 (Man.), c. 14.
  - 10 (1977), 77 D.L.R. (3d) 445.
  - 11 [1979] 2 R.C.S. 1032.
  - 12 *Supra* note 4.
  - 13 (1981), 44 Sask. R. 43 (C.P.).
  - 14 (1985), 44 Sask. R. 22 (C.A.).
  - 15 *Supra* note 4 aux pp. 248-57.
  - 16 *Ibid.* aux pp. 264 à 270.
  - 17 *Ibid.* à la p. 272.
  - 18 *Ibid.* aux pp. 280-81.
  - 19 1998 CSC 793, [1998] 2 R.C.S. 217 (IIJCan).
  - 20 1985 CSC 33, [1985] 1 R.C.S. 721 (IIJCan).
  - 21 *Ibid.* au para. 31.
  - 22 *Ibid.* au para. 46.
  - 23 [1986] 1 R.C.S. 549 [*Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick*].
  - 24 [1986] 1 R.C.S. 460.
  - 25 [1986] 1 R.C.S. 449.
  - 26 *Supra* note 4.
  - 27 1990 CSC 133, [1990] 1 R.C.S. 342 (IIJCan).
  - 28 *Ibid.* au para. 31.
  - 29 *Ibid.* au para. 32.
  - 30 1999 CSC 684, [1999] 1 R.C.S. 768 (IIJCan)[*Beaulac*].
  - 31 *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, article 530.



- 32 *Supra* note 30 au para. 25.
- 33 Voir entre autres *Renvoi sur la sécession du Québec*, *supra* note 19 ; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, [2000] 1 R.C.S. 3 (IIJCan) ; et *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3 (IIJCan).
- 34 *R. c. Rottiers*, (1995) 134 Sask. R. 153 (C.A.).
- 35 Voir *R. c. Caron*, 2008 ABPC 232 (IIJCan), Le dossier a été porté en appel par le Procureur général de l'Alberta et devrait être entendu par la Cour du Banc de la Reine au début de l'année 2009.
- 36 *Supra* note 5, article 16(3).
- 37 *Jones*, *supra* note 7.
- 38 *Supra* note 23 au para. 140.
- 39 *Supra* note 30 au para. 24.
- 40 *Languages Act* (French version), R.S.A. 2000, c. L-6 (français) [*Loi linguistique*].
- 41 *Fédération franco-ténoise c. Canada (Procureur général)*, 2006 NWTSC 20, modifiée dans 2008 NWTCA 26
- 42 2007 YKCA 12.
- 43 *Supra* note 5 à l'article 23.
- 44 *Ibid.*
- 45 *Supra* note 27.
- 46 *Reference re Education Act (Ont.) and Minority Language Rights* (1984), 47 R.J.O. (2d) 1, par. 39 et 40 (C.A.).
- 47 *Renvoi relative à la Loi sur les écoles publiques par. 79(3), (4) et (7)*, [1993] 1. R.C.S. 839, p. 854 et 855, citant *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques par. 79(3), (4) et (7)*, (1990), 64 Man. R. (2d) 1 (C.A.).
- 48 *Supra* note 27 au para. 31.
- 49 *Ibid* au para. 51.
- 50 *Ibid* au para. 57.
- 51 [1999] 3 W.W.R. 743, confirmé par [1999] 12 W.W.R. 742.



# *La signification de l'article 23 de la Charte et son étendue aujourd'hui dans les communautés minoritaires francophones : vers une transculturalité réelle*

**Paul Dubé\***

La présente réflexion portera sur les quatre éléments suivants : dans un premier temps, je compte signaler la place de la décision *Mahe*<sup>1</sup> dans les 25 ans d'histoire de la *Charte*<sup>2</sup>; deuxièmement, il sera question du sens de *Mahe* à partir d'une interprétation qui situe le jugement dans son contexte historique et politique; en troisième lieu, l'application aujourd'hui relative à son étendue et par rapport à la nouvelle donne démographique; et pour finir, les modalités d'intervention par les communautés dans ce nouveau contexte.

## **La décision *Mahe* parmi les dix grands jugements depuis la signature de la *Charte* en 1982.**

Le *Globe & Mail* a reproduit dans ses pages du 12 avril 2007 la liste des dix jugements de la Cour suprême jugés les plus importants par des experts constitutionnalistes dans les 25 ans d'existence de la *Charte*<sup>3</sup> (les mêmes que pour le colloque suivant : *Top 10 Charter Cases : As Revealed at the Symposium on the 25th Anniversary of the Charter, A Tribute to Chief Justice Roy McMurtry*<sup>4</sup>). Les experts — cinq professeurs dont quelques doyens, trois juges de Cours supérieures, et deux experts constitutionnalistes qui

ont déjà œuvré dans le domaine académique — font tous partie de l'establishment du droit, à la fois académique et professionnel, composition qui contribue largement au choix effectué. On leur a donné le mandat d'identifier les décisions qui, selon eux, ont eu le plus grand impact sur « l'interprétation et l'évolution » de la *Charte*. Dans un sens, on peut dire que les experts s'en sont tenus strictement aux limites définies par le mandat, perspectives interprétatives et évolutives de la *Charte*, et que leur choix est motivé par cette logique, donc prévisible, presque annoncée à l'avance. On pourrait même avancer que sans ce mandat, on serait probablement arrivé aux mêmes choix. Le concept d'« agency » peut être utile ici pour apprécier la teneur de la réflexion de nos distingués sélectionneurs, qui ne peuvent pas ne pas faire partie et ne pas être un produit de l'espace à partir duquel ils agissent dans le monde. Il eut fallu, il me semble, pour mieux préciser le sens de leur choix, qu'ils s'imposent ce que Bourdieu appelle la « vigilance épistémologique », c'est-à-dire la nécessité de s'interroger (et de communiquer cette interrogation) sur les principes qui sous-tendent leur positionnement dans l'exercice effectué<sup>5</sup>.

Je résume quelques cas choisis parmi les dix identifiés (ou vingt, puisqu'il y en a aussi dix autres qui reçoivent une « mention honorable »,

parmi lesquels n'apparaît pas non plus la décision *Mahe*) pour nous permettre d'apprécier la teneur des choix des experts, cela en m'inspirant des commentaires explicatifs du professeur Jamie Cameron d'Osgoode Hall sur chacun des cas<sup>6</sup>.

1. La cause la plus citée, *R. c. Oakes*,<sup>7</sup> porte sur la violation de la présomption d'innocence selon l'article 11(d), et n'est pas justifiable comme limite raisonnable selon l'article 1. C'est plus qu'un test des limites raisonnables; il s'agit d'un jugement iconique et symbolique des objectifs de la *Charte*, à savoir le maintien de l'équilibre entre les droits des individus et les exigences d'une société démocratique, ainsi qu'un équilibre entre les rôles institutionnels des législatures et des tribunaux. De plus, on dit que cette décision a produit la méthodologie déterminative pour l'analyse de la *charte*.
2. Le deuxième cas en ordre d'importance est le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*<sup>8</sup>. Sa signification au droit constitutionnel tient du fait que le juge établit un cadre conceptuel dans l'évolution de la jurisprudence pour l'article 7.
3. Dans *Hunter et autres c. Southam Inc.*<sup>9</sup>, la Cour décrète grosso modo que toute intrusion contre un individu doit satisfaire aux exigences de la loi, manifestant les préoccupations en jurisprudence du juge en chef quant à l'importance de la « rule of law ».
4. Dans *R. c. Morgentaler*<sup>10</sup>, la Cour a décrété que les dispositions du *Code criminel* qui criminalisent l'avortement violent l'article 7 de la *Charte* et sont inconstitutionnelles. Ici, la Cour suprême a focalisé sur les faiblesses procédurales de la législation, permettant ainsi au Parlement de reconstituer des mesures qui remédient à ces faiblesses et conservent certaines limites à l'avortement.
5. Dans *Andrews c. Law Society of B.C.*<sup>11</sup>, la Cour soutient que la législation qui exige la citoyenneté pour exercer le droit en Colombie-Britannique viole l'article 15 de la *Charte*, même si on invoque l'article 1. Son importance réside dans le fait que la Cour a

rejeté une définition formelle de l'égalité en faveur d'une conception qui focalise sur les façons de remédier à la discrimination. La cour sanctionne une approche basée sur les effets, confirmant ainsi les préoccupations de l'article 15 en ce qui a trait au redressement des torts, basés sur les désavantages et l'exclusion de groupes.

Cette décision relative à l'article 15 nous amène à *Mahe*, parce qu'elle me paraît avoir une pertinence réelle dans ce cas, surtout par rapport à la deuxième partie du jugement. En effet, la décision *Mahe* se devait de contenir une clause réparatrice. Mais là n'est pas le lieu sur lequel fonder l'argument plaçant la décision *Mahe* parmi les plus importantes.

Il me faut souligner aussi que les experts ont montré qu'ils étaient capables de se détacher de leurs préoccupations herméneutiques et jurisprudentielles en choisissant parmi les « top ten » la cause *Ford c. Québec (Procureur général)*<sup>12</sup>. La cour y soutient que la législation québécoise qui interdit l'usage de l'anglais sur l'affichage à l'extérieur viole l'article 2 (b) de la *Charte*, et ne peut être défendue par l'article 1. Je cite intégralement une partie du commentaire du professeur Cameron sur ce cas :

« Against the backdrop of Quebec's opposition to the constitutional reforms of 1982, and the central importance of the Charter's language rights, *Ford v. Quebec* was an important test of the Supreme Court's resolve. In addressing the section 33 issue, the Court concluded that once certain requirements of form are satisfied, the decision to invoke the override belongs exclusively to the legislatures and is beyond judicial review<sup>13</sup> ».

Aussi : « Many are of the view that Quebec's decision to use the override in the context of English language rights had serious consequences for the Meech Lake Accord which failed in 1990<sup>14</sup> ».

Ainsi, des questions à saveur politique apparaissent aussi, mais il est intéressant de voir lesquelles retiennent l'attention de nos experts — dans l'ensemble, on s'en tient au cadre établi, c'est-à-dire qu'on choisit des jugements qui donnent des modèles interprétatifs. Or, si on écarte



les termes du mandat et qu'on tente d'identifier les « top ten » d'une perspective historique, nationale, politique et identitaire, il me semble que la décision *Mahe* y trouverait sa place, et non la moindre! D'ailleurs, le sénateur Beaudoin n'a-t-il pas dit en 1991, répétant ce que d'autres avaient déjà énoncé, dont Pierre Foucher, que « l'arrêt *Mahe* constitue le 'jugement de la décennie en matière de droits linguistiques'<sup>15</sup> ». De même, l'éditorial du *Edmonton Journal* parlait le 16 mars 1990 d'un « achievement of national significance<sup>16</sup> », tandis que le *Montreal Gazette* félicitait les parents pour un travail de « nation building<sup>17</sup> », contredisant les réactions négatives des « chefs » francophones de l'Alberta qui avaient réussi à amener dans leur camp le président de la Fédération des francophones hors Québec (FFHQ)! Histoire, histoires.

Le simple fait que l'éducation soit une des grandes priorités de toute société définit déjà en quelque sorte la signification de cette décision. D'autre part, on peut se demander où seraient les communautés francophones aujourd'hui s'il n'y avait pas eu ce cas. La décision *Mahe* a permis la création à travers le pays de plus de trente conseils scolaires francophones qui gèrent aujourd'hui plus de 630 écoles françaises, auxquelles sont inscrits 150,000 élèves<sup>18</sup>.

Cela a donné une véritable chance de survie et d'épanouissement aux communautés francophones en permettant, par l'éventail des effets connexes que le nouveau régime éducatif produit dans le milieu — enseignants, administrateurs, personnel de soutien, spécialistes de tout acabit, programmes d'études universitaires, maternelles, garderies, etc. — de faire avancer de façon déterminante ce que le sociologue Raymond Breton appelle la « complétude institutionnelle<sup>19</sup> », nécessaire, selon lui, au développement normal de toute société, productrice d'appartenance et d'identité. Cela pourrait déjà suffire à placer *Mahe* parmi les dix plus grands jugements dans l'histoire de la *Charte*. Mais il y a plus. Je vous donne cinq autres raisons.

1. Le débat entre 1864 et 1867 pour trouver la forme gouvernementale appropriée pour le Canada de l'avenir a vu un John A. Macdonald défendre et promulgué l'idée d'un gouvernement unitaire; l'option a été rejetée

en faveur d'un régime fédératif<sup>20</sup>. La constitution produite — par les articles 93 et 133 appliqués au gouvernement fédéral, au Québec, au Manitoba et aux territoires du Nord-Ouest, ceux-ci reconduits en 1905 dans les provinces de la Saskatchewan et de l'Alberta — définit une vision nationale et reconnaît une certaine égalité entre les deux peuples fondateurs. L'histoire du Canada démontre que le pays s'est fourvoyé dans l'application de cette vision — entre autres : 1890 au Manitoba, 1912 en Ontario, 1916 encore au Manitoba, l'élimination systémique des droits à l'éducation — vision qui se trouve en quelque sorte revue, corrigée et rétablie par la décision *Mahe*.

2. Dans ce même ordre d'idées : *la résistance systématique* à tous les efforts et à toutes les politiques d'assimilation des francophones du Canada dans l'histoire — la *Proclamation royale* (1763), l'*Acte d'union* (1840), le gouvernement unitaire proposé par Macdonald, 1890 au Manitoba, 1912 en Ontario, la révocation des droits scolaires, et ainsi de suite — a permis contre vents et marées de développer dans le pays la conscience d'une altérité, un espace pour l'autre, qui nous a menés à une politique qui fait l'envie du monde entier quant à nos politiques d'inclusion des immigrants. N'eût été de la résistance des francophones à tous les tournants, le Canada se serait sans doute développé en pays unilingue, en pays assimilateur genre « melting pot » à l'américaine. L'article 23, grâce à la décision *Mahe*, vient re-confirmer cette vision et la pratique qu'elle impose, et nous prépare pour l'avenir par rapport à ce problématique dossier de l'immigration.
3. Les recommandations de la *Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*<sup>21</sup> n'ont pas eu les effets voulus, anticipés et nécessaires pour les minorités francophones. Grâce à la décision *Mahe*, l'objectif principal de ladite commission en ce qui a trait aux minorités semble rétabli.
4. La *Loi sur les langues officielles*<sup>22</sup> a produit un réseau plus étendu de services en français à travers le Canada et des structures visant à franciser les anglophones pour les préparer,

entre autres, à l'obtention de postes au sein des institutions publiques bilinguées. Bien qu'ils soient heureux de cette nouvelle politique nationale qui valorise le français, les francophones, en matière d'éducation, se trouvent instrumentalisés, et ne bénéficient aucunement de ce nouveau régime éducatif. Au contraire, dans la mesure où les gouvernements provinciaux utilisent les écoles d'immersion pour se féliciter de satisfaire aux exigences de l'article 23, ils bafouent encore une fois les droits des francophones en les privant de droits établis par l'article 23, sans compter que ces écoles sont des usines d'assimilation pour ces derniers. La décision *Mahe* vient remettre les pendules à l'heure!

5. L'interprétation de la décision *Mahe* en mars 1990 doit s'inscrire dans le débat qui sévit à ce moment-là : l'accord du lac Meech. On sait qu'une *majorité de provinces* avaient déjà entériné l'accord dans leur législature, qu'il ne tenait qu'au Manitoba et à Terre-Neuve d'assurer la signature du Québec à la nouvelle constitution rapatriée avec les modifications constitutionnelles apportées par ledit accord. En utilisant le langage de Meech, je parle entre autres des vocables « préserver et promouvoir » inscrits dans une hiérarchie sémantique contenue dans l'article 2 de l'accord, le juge en chef Dickson s'inscrit dans le débat en établissant un modèle interprétatif libéral et généreux en matière constitutionnel, tel que cela existe d'ailleurs dans tous les actes constitutionnels importants dans l'histoire du Canada. Il signale aussi que le compromis politique qui opère à l'élaboration de l'article 23 permet, de façon analogique, une compatibilité entre la notion de société distincte et la reconnaissance de droits des minorités francophones dans le restant du Canada. De plus, la décision *Mahe* rétablit la vision d'égalité entre les deux peuples fondateurs — des « partenaires égaux » ; elle rétablit la *valeur* du français au Canada.

Il suffit dans le contexte de rappeler les quelques phrases clefs de la décision *Mahe* établissant les principes sur lesquels fonder et la lettre et l'esprit de l'article 23. L'objet global de l'article 23, selon le Juge en chef Dickson, « est de préserver et promouvoir la langue et la culture de la minorité partout au Canada<sup>23</sup> ». Aussi, il doit « favoriser l'épanouissement de chacune des langues officielles [ . . . ] dans les provinces où elle n'est pas parlée par la majorité<sup>24</sup> ». L'article 23 est destiné « à remédier, à l'échelle nationale, à l'érosion progressive des minorités parlant l'une ou l'autre langue officielle et à appliquer la notion de 'partenaires égaux' des deux groupes linguistiques officiels dans le domaine de l'éducation<sup>25</sup> ». Gestion et contrôle sont « vitaux » et « nécessaires » en raison de leur incidence sur les domaines linguistique et culturel. « La plus sûre garantie contre l'assimilation est un établissement relevant du contrôle exclusif du groupe en question. Toute diminution de ce pouvoir dilue inévitablement la spécificité de l'école et l'expose à l'influence d'une majorité insensible voire hostile<sup>26</sup> ». Égalité en matière d'éducation veut dire « qualité égale à celle de l'éducation dispensée à la majorité », avec « fonds équivalents » même « supérieurs » en vertu du « caractère réparateur de l'art. 23 qui signifie que [des] écarts dans les coûts, s'ils ne sont pas excessifs, doivent être acceptés<sup>27</sup> ». Aussi, « les considérations pédagogiques pèsent plus lourd que les exigences financières quand il s'agira de déterminer le nombre d'élèves pour justifier la prestation de service<sup>28</sup> ».

Jugement unanime, le texte refute d'abord les arguments visant une interprétation « restrictive » de l'article 23 et précise qu'il faut plutôt lui « insuffler la vie ». On y présente une éloquente apologie du lien « indissociable » entre langue et culture, du rôle indispensable des écoles à l'épanouissement de la langue et de la culture permettant à la minorité de « donner expression à sa culture » et ainsi « assurer sa préservation ».

Peut-on être plus clair? Il reste un argument de taille dont la force se situe dans le rapport du jugement à son contexte historique et politique.

Dans les premières lignes du texte, ce qu'on appelle en littérature *l'incipit* (« fragment de

longueur variable du début d'un texte, et dans lequel se décèleraient certaines des conditions de lisibilité du texte<sup>29</sup> », significatif en tant que signe annonciateur du texte à suivre), le juge en chef explique dans des parenthèses que « l'expression 'gestion et contrôle' n'est pas un terme technique; elle semble avoir été employée dans d'autres causes portant sur l'article 23 et est devenue tellement courante que tous les groupes participant au présent pourvoi l'ont utilisée ». Ainsi, le juge Dickson accepte l'emploi et le sens « courant » de ce vocable, devenu en quelque sorte un sociolecte (« un langage idéologique qui articule, sur les plans lexical, sémantique et syntaxique, des intérêts collectifs particuliers », et encore qu'un sociolecte « peut être défini comme un *répertoire lexical codifié*, c'est-à-dire structuré selon les lois d'une *pertinence collective particulière*<sup>30</sup> »), indiquant explicitement au récepteur, par la mise en relief dans le texte grâce aux parenthèses, qu'il accorde à ces mots la pleine charge sémantique qu'ils ont acquise par l'usage collectif.

Et le collectif, où se situe-t-il au printemps 1990, à la sortie du jugement *Mahe*, d'une perspective politique et constitutionnel<sup>31</sup>? Au-delà de ses antécédents fondateurs dont les articles 93 et 133 de l'*Acte d'Amérique du Nord Britannique* (AANB),<sup>32</sup> reconduits dans quelques actes constitutionnels par la suite, l'arrêt *Mahe* s'inscrit dans la conjoncture du moment, dans les préoccupations courantes, qui l'imprègnent de sens, qui participent à sa signification. Il ne peut être compris dans toute son ampleur en dehors du débat constitutionnel qui sévissait au Canada à l'époque, la *Modification constitutionnelle de 1987* (l'Accord du lac Meech).

Je m'explique : l'Accord dit ceci à l'article 2(1) : « Toute interprétation de la *Constitution du Canada* doit concorder avec : a) la reconnaissance de ce que l'existence de Canadiens d'expression française, concentrés au Québec mais présents aussi dans le reste du pays, et de Canadiens d'expression anglaise, concentrés dans le reste du pays mais aussi présents au Québec, constitue une *caractéristique fondamentale* du Canada; b) la reconnaissance de ce que le Québec forme au sein du Canada une *société distincte* ». Au paragraphe 2(2), on lit que le

Parlement du Canada et les législatures provinciales « ont le rôle de *protéger* la caractéristique fondamentale » du Canada, tandis qu'à 2(3), le Québec a « le rôle de *protéger* et de *promouvoir* le caractère distinct du Québec<sup>33</sup> ».

Il y a dans ces deux sous-articles une « hiérarchie [sémantique] expressément établie<sup>34</sup> » que le professeur Woehrling de la Faculté de droit de l'Université de Montréal explique ainsi : « Cette différence ne tient pas à l'importance respective de la spécificité québécoise et de la dualité canadienne en tant que 'valeurs constitutionnelles', mais résulte plutôt de ce que les rédacteurs de la *Modification constitutionnelle de 1987* considéraient que le caractère francophone du Québec, à cause de sa fragilité nécessite non seulement une protection, mais également une promotion<sup>35</sup> ». Dans la conclusion de son article publié deux ans avant l'arrêt *Mahe*, Woehrling poursuit son explication en disant que les minorités francophones hors Québec « pourront invoquer la reconnaissance de la dualité » contenue dans Meech « pour tenter de convaincre la Cour suprême d'interpréter plus généreusement [...] les droits linguistiques que la *Constitution leur reconnaît déjà* [je souligne] ». Par contre, ajoute-t-il, « ces minorités ne réussiront probablement pas à obtenir une amélioration de leurs droits, étant donné que l'Accord constitutionnel n'oblige pas le fédéral et les provinces à promouvoir la dualité linguistique, mais les engage seulement à protéger celle-ci<sup>36</sup> ».

Or, le juge Dickson écrit deux ans après le commentaire de Woehrling qu'effectivement, le concept très significatif de « promotion » existe bel et bien dans l'objet de l'article 23. Les arguments évoqués pour rappeler la distinction entre protéger et promouvoir — qui ont fait couler beaucoup d'encre pendant les trois ans du débat sur Meech, et dont l'indéfinition du deuxième terme, porteur cependant de pouvoirs réels mais indéfinissables, sont sans doute les causes majeures de l'échec de Meech — permettent de souligner la hiérarchie sémantique des deux vocables ici et imposent une application commensurable dont les termes existent quand même dans le jugement, mais de façon éparse et éparpillée dans le texte. J'en donne plusieurs exemples dans l'introduction à cette deuxième

partie. Comme je l'ai expliqué ailleurs, « Le véritable sens de promouvoir s'étale aux deux bouts de l'échelle de ses possibles comme de ses limites : d'abord, le mot 'promouvoir' est incitatif, il ne peut être qu'une simple virtualité, un possible laissé à lui-même. Il engage à agir et à agir de façon à ne pas seulement 'maintenir', mais à 'pro-movere', c'est-à-dire, à 'faire avancer', à 'faciliter le développement' pour atteindre un des sens que le dictionnaire Robert donne à ce mot, comme s'il pensait à nous, à 'élever à quelque dignité supérieure'<sup>37</sup> ». Sur le plan des nombres, il devrait en principe permettre « d'abaisser le seuil des difficultés<sup>38</sup> » visant à restreindre l'application de la loi pour des raisons de rationalité ou de raisonabilité selon l'article 1.

Grâce aux discours implicite et explicite que je viens d'identifier, le jugement *Mahe* garde son dynamisme, reste vivant et continue à évoluer, à étendre son dévolu suivant les changements qui transforment le milieu social.

Qu'en est-il de son application aujourd'hui?

## L'étendue de l'article 23 aujourd'hui

Depuis quelque vingt ans, une population de langue française venant du Québec et de l'Acadie, et surtout peut-être de l'Afrique du nord et du centre et, en nombre moindre, de pays francophones européens, vient renflouer nos nombres et nous apporter une dynamique inattendue et inespérée, enrichissante, et peut-être salutaire. S'il est évident et nettement souhaitable que la partie de cette population non-éduquée au Canada ait sa place dans les écoles françaises et comme participants actifs dans nos communautés, il faut se demander si la loi constitutionnelle leur procure aussi cet espace souhaité, soit par l'enchâssement de leur droit dans l'étendue de l'article 23, ou dans la pratique scolaire en vertu de la lettre et de l'esprit dudit article. Comme le disait déjà en 1991 le professeur de droit Yves Le Bouthillier, il s'agit de savoir « s'il serait constitutionnel pour une législature provinciale d'élargir les classes des titulaires de l'art. 23 pour inclure dans les provinces anglophones [ . . . ] des citoyens-nes dont la première langue canadienne est le français<sup>39</sup> ». Un tel élargissement avait déjà fait l'objet d'une

discussion dans quelques provinces. Dans un texte intitulé *Document de consultation sur les initiatives concernant la gestion de l'éducation en langue minoritaire*<sup>40</sup>, le gouvernement libéral de l'Ontario a sollicité l'opinion des franco-ontariens en 1990 justement sur cette question, et a même recommandé de modifier la définition de « francophone » selon l'appartenance à l'une des 3 catégories suivantes :

1. les personnes dont la première langue officielle du Canada apprise et encore comprise est le français;
2. les personnes qui ont reçu un enseignement élémentaire en français dans tout pays où elles résidaient, hormis le Canada, dans une école où le français était la langue d'enseignement;
3. les personnes dont tout enfant a reçu ou reçoit l'enseignement élémentaire ou secondaire dans tout pays où elles résidaient, hormis le Canada, dans une école où le français était la langue d'enseignement<sup>41</sup>.

Même questionnement en Saskatchewan en 1989 par un Comité de coordination pour la gestion et le contrôle des écoles françaises : outre ceux protégés par la *Charte*, celui-ci reconnaît « qu'il serait souhaitable d'admettre dans les écoles, par exemple, les enfants francophones de parents immigrés au Canada ; les familles de la Saskatchewan d'origine ethnique française ne comprenant plus le français; et les anglophones formant une petite minorité dans une communauté fransaskoise<sup>42</sup> » qui préfèrent utiliser les services de l'école locale. Le comité conclut cependant « qu'il ne serait ni pratique ni sage de légiférer des droits<sup>43</sup> » pour cette catégorie de citoyens.

Comme on peut le constater, on cherche à insuffler la vie à l'article 23 contre des interprétations restrictives qui contrediraient l'objet global de cet article, qui est comme on l'a vu « de préserver et de promouvoir » la langue et la culture de la minorité en fonction de son épanouissement.

Dans son étude, Le Bouthillier nous amène d'abord du côté de la jurisprudence.

Si l'article 73 de la *Charte de la langue fran-*



çaise (québécoise) modifie directement l'effet de l'article 23 au Québec en tant que deux classes différentes de titulaires sont identifiées, « l'octroi de droits dans les provinces anglophones, à toute personne dont la première langue canadienne est le français ne serait pas en contradiction avec les catégories de l'article 23<sup>44</sup> ». Ce ne serait qu'un « simple ajout aux catégories existantes et ne constituerait aucunement une modification ou une restriction de leur contenu<sup>45</sup> ». Dans *Lavoie c. la Nouvelle-Écosse*<sup>46</sup>, la Cour devait décider s'il y a incompatibilité entre l'article 23 et le *Education Act*<sup>47</sup> de la province, qui accordait depuis 1981 « le droit à l'instruction en français sur la base de la langue des enfants ou plus précisément 'aux enfants dont le première langue apprise et encore comprise est le français<sup>48</sup> ». Plutôt que d'y voir une substitution aux droits des parents, la Cour conclut « qu'il s'agit d'un élargissement des titulaires du droit<sup>49</sup> », que l'article 23 « has the effect of magnifying the rights available to individuals who belong to a linguistic minority<sup>50</sup> », permettant à tout élève de langue française, de citoyenneté canadienne ou non, de réclamer une instruction dans sa langue, sans que cela porte atteinte aux droits des titulaires définis par l'article 23. Ainsi, on peut dire que la Cour accepte une disposition qui élargit l'article 23 en autant que celle-ci ne viole pas les garanties accordées par la loi, dont le principe d'exclusion qui cible une certaine population.

Malgré l'exclusivité garantie par l'article 23, l'ajout d'une catégorie par une disposition législative ne peut être prohibée, dit Le Bouthillier. Sa validité « dépendra [...] plutôt de sa compatibilité avec l'objet de la protection accordée aux minorités linguistiques<sup>51</sup> » comme c'est le cas dans *Lavoie*. D'ailleurs, pour Joseph Magnet, « The citizenship prerequisite means that immigrant parents cannot qualify. The provinces retain the unfettered power to direct the children of immigrants to English or French-language schools<sup>52</sup> ». André Braën relève, pour sa part, la pertinence de cette autre catégorie, celle des enfants non qualifiés sous l'article 23, mais ayant le français comme langue maternelle. « L'affirmation serait d'autant plus valable s'il s'agissait des enfants de parents néo-canadiens francophones [...] La promotion et l'épanouissement

de la culture minoritaire dépend en grande partie de son aptitude à intégrer de nouveaux membres<sup>53</sup> ». D'ailleurs, Le Bouthillier poursuit sa démonstration en se référant à la genèse de l'article 23<sup>54</sup>, ce qui lui permet de signaler que l'intention de l'article 23 n'est pas « d'exclure les enfants de parents immigrants de langue française dans les provinces anglophones ». En fait, la dimension d'exclusivité de l'article 23 est due en grande partie à la situation particulière du Québec. c'est-à-dire que c'est pour convaincre le Québec « d'enchâsser le droit à l'instruction des minorités que le gouvernement fédéral consent à exclure les personnes n'étant pas de citoyenneté canadienne de l'article 23<sup>55</sup> ». Il faut noter que le critère de la langue maternelle des parents existe clairement pour permettre aux enfants des francophones hors Québec qui n'ont pas pu fréquenter l'école française d'y avoir enfin droit grâce à l'article 23.

En somme, les enfants d'immigrés n'ont pas été exclus du droit énoncé dans l'article 23 au départ, et cela dans le but de « protéger les intérêts de la minorité francophone dans les provinces anglaises<sup>56</sup> ». On peut supposer que la même intention doit présider à l'octroi du droit par une législature provinciale si le droit est compatible avec l'article 23. Il suffit ici de rappeler les principes énoncés ci-dessus sur l'objet de l'article 23 tel que défini par l'arrêt *Mahe* : protection et promotion des communautés pour leur épanouissement, et le rôle déterminant de l'école française pour la transmission de la langue et de la culture.

Comme l'accès à l'école française existe déjà dans la pratique pour beaucoup de ces personnes dont la première langue canadienne est le français, quelle serait l'importance de faire ajouter cette autre catégorie de titulaires à l'article 23 par les législatures provinciales? D'autre part, avec ou sans cet ajout à la loi, quelle sorte de rapports faut-il établir avec cette nouvelle population de francophones qui cherche l'inclusion et qui est prête à s'engager corps et âme dans la communauté? Ces questions me paraissent d'une grande pertinence, d'abord pour l'avenir de nos communautés, mais aussi dans le contexte des politiques et des pratiques exercées partout dans le monde, et notamment par rap-

port au discours public qui sévit aujourd'hui dans certaines régions du pays.

Pour ce qui est de la première question : outre qu'elle soit justifiée et motivée par le concept de « promotion » accolé à tous les autres énoncés dans la décision *Mahe*, soit « disposition réparatrice », remèdes à « l'érosion progressive des minorités », redressement « des torts historiques », rétablissement de « l'égalité entre des partenaires égaux », le dessein de « favoriser l'épanouissement de chacune des langues officielles dans les provinces où elle n'est pas parlée par la majorité », et ainsi de suite : une modification à la loi, élargissant le droit constitutionnel aux titulaires identifiés ci-dessus, aurait une valeur symbolique significative dont la portée réelle ne peut être évaluée qu'en passant par la notion de capital symbolique si bien définie par Bourdieu<sup>57</sup>. Le capital symbolique atteint par une telle loi aurait pour effet de signaler l'engagement de la province à la fois pour sa minorité officielle et pour une politique d'inclusion des immigrants; il faciliterait l'établissement d'une politique de l'immigration mieux ciblée; il indiquerait aux migrants francophones internes que, dans ses lois et sa pratique, l'Alberta entérine la vision du Canada maintes fois répétée depuis les premiers balbutiements constitutionnels du pays. D'autre part, elle produit, comme l'article 27 le fait pour l'immigration en général, un espace politique réel à effets symboliques incommensurables pour les immigrants qui s'y trouvent déjà nommés et donc accueillis par cette valorisation d'ordre constitutionnel.

En ce qui a trait à la deuxième interrogation, c'est-à-dire les rapports à établir avec les immigrants francophones, je vous propose la réflexion suivante déjà élaborée dans un autre contexte, que j'ai intitulée « la grammaire alternative de l'inclusion ». Je vais vous en présenter les grandes lignes.

## La grammaire alternative de l'inclusion

Toute cette complexité constitue la construction transculturelle de mon imaginaire. C'est comme ça qu'il faut aujourd'hui non seulement penser la société mais aussi les individus.

C'est cela la grande difficulté, nous sommes des individus avec des imaginaires qui sont des imaginaires de diversité, qui sont multiples. Avec cette complexité-là, comment faire du lien, comment faire du social, comment vivre ensemble avec cette réalité qui ne correspond plus aux anciennes? C'est cela la grande question contemporaine<sup>58</sup>.

Le récit multiculturel canadien se résume à ceci : une société euro-centrique par sa composition initiale se transforme tranquillement par l'arrivée de groupes ethniques invisibles et visibles, impose dans le temps une reconnaissance officielle de sa composition qui sera éventuellement enchâssée dans la nouvelle constitution canadienne de 1982 par l'article 27 de la *Charte*, pour aboutir en bout de ligne en un produit de « mêmeté<sup>59</sup> » ou « sameness », le résultat de l'action du collimateur du libéralisme démocratique propre aux sociétés occidentales. La texture multiculturelle de notre société canadienne apparue quelque part dans notre histoire devient vite mono-culturelle, le passage étant facilité par la rhétorique des beaux discours et les exutoires ponctuels tels les « Journées du patrimoine » à Edmonton, « Folklorama » à Winnipeg : des reconnaissances symboliques incarnées par des Adrienne Clarkson, Michaële Jean, et Ian Hanomansing.

Tout cela n'est pas rien évidemment étant donné la paix relative dans laquelle on baigne, et sans compter la perception qu'on a et qu'on projette du Canada à l'intérieur comme à l'extérieur du pays. La situation économique, le bien-être des Canadiens, entre autres, permettent une sorte d'inconscience collective par rapport à certains problèmes susceptibles d'éclats sérieux advenant un changement significatif à notre situation économique, pour ne mentionner que celle-là : qu'on se souvienne des manifestations racistes dans les grandes villes canadiennes lors de la dépression économique du début des années 1980, ou de Brooks en Alberta pendant la grève à l'automne 2004.

Les communautés francophones doivent interroger profondément cette dynamique du multiculturalisme officiel et ses finalités dans le contexte d'un véritable projet de société que la situation actuelle appelle à l'existence.



Ce qui est proposé par cette « grammaire alternative de l'inclusion », c'est de donner son plein sens au concept du multiculturel en tant que reconnaissance, d'abord, de son existence comme facteur d'enrichissement et de re-dynamisation d'une communauté, son pouvoir de transformation sociale, encouragé et maintenu — grâce à l'interculturel — vers des finalités véritablement transculturelles, c'est-à-dire la construction d'un être francophone nouveau à l'identité fondée d'hétérogène, de pluralité, d'altérité jouissive, à l'avenir imprévisible si ce n'est que ça se passe en français dans un dialogue entre égaux, faisant appel à tous les participants, quel que soit leur lieu d'origine, et en autant qu'il y ait désir de francité.

Quelques éléments théoriques d'abord pour qu'on s'entende sur le sens des mots.

Deux autres termes ou concepts seront ajoutés au premier : l'interculturel et le transculturel que je vais définir tout de suite mais dont le sens et les nuances nécessaires à l'intelligence de leur étendue apparaîtront au fur et à mesure que l'analyse se déploie. Contrairement au multiculturel, cet « état de simple co-existence de cultures différentes en un même groupe » où les « rapports sont laissés au hasard et à la conjoncture<sup>60</sup> », on dit interculturel pour signifier qu'on « vise à construire entre (les cultures) une relation convenablement *régulée* permettant d'accéder à un nouveau plan : celui d'une formation unitaire harmonieuse transcendant les différences sans les évacuer<sup>61</sup> ». Par transculturel, il faut comprendre : traversée de langues, de cultures, d'expériences, d'histoires, de mémoires, d'imaginaires, etc., dans le vécu de sujets historiques et historicisés (ayant la conscience et la capacité de faire leur propre histoire<sup>62</sup>), qui participent à une collectivité et qui partagent un projet de société dont les finalités restent par nature imprévisibles.

Ainsi, la grammaire alternative de l'inclusion se composerait du parcours syntaxique suivant : le *sujet* social, c'est le multiculturel en tant qu'il exprime « la présence dans un même espace de plusieurs imaginaires<sup>63</sup> », le produit pur et simple du déplacement et du mixage spatial de populations; pour répondre adéquatement à cet état de fait, il faut l'interculturel, c'est-à-dire

*l'action* stratégique structurante qui permet ou qui produit la citoyenneté participante et égale de cette multiplicité sociale et démographique, de façon à produire une véritable texture sociale reconstituante de l'identité qui débouche sur un *objet*, le transculturel, aux finalités imprévisibles mais sous-tendues par la dynamique soutenue d'une intention commune.

Passons donc à l'élaboration de cette grammaire dans la pratique des choses!

Comme des échos lointains des travaux de la *Commission sur les accommodements raisonnables*<sup>64</sup> au Québec en cet automne 2007, les débats qui sévissent en ce moment dans les communautés, par exemple, sur les changements de noms d'associations francophones pour qu'ils soient plus inclusifs<sup>65</sup> ou les nombreuses réflexions collectives sur l'avenir des francophonies (voir, par exemple, *La Commission sur l'inclusion dans la communauté fransaskoise*<sup>66</sup>) en raison de la nouvelle conjoncture démographique, ont enclenché une levée de boucliers de la part de certains qui y perçoivent une mutilation quelconque de l'identité canadienne française.

N'est-il pas temps d'accepter notre mutation existentielle? De toutes façons, on ne peut pas se targuer non plus d'être de pureté culturelle et identitaire : notre histoire nous situe d'emblée dans une mouvance identitaire dynamique. Et donc au lieu d'aspirer à ce mythe d'une pureté quelconque, que l'on accepte plutôt notre mutation et la logique qui s'ensuit. D'ailleurs, le Canada français n'a-t-il pas été classé par un de ses chantres et commentateur distingué, Roger Bernard, « entre [le] mythe et [l'] utopie<sup>67</sup> »? Le repli sur lequel on a voulu le construire a joué d'une postérité discursive et idéologique, mais n'a peut-être jamais réellement existé!

Quoi qu'il en soit, l'état actuel des choses emmène le constat suivant : nous habitons des « lieux de multi-transculturalité<sup>68</sup> ». Avec la majorité canadienne anglaise, nous habitons un milieu où « des mondes différents se frottent (les uns aux autres), des cultures différentes se sont emmêlées<sup>69</sup> » pour créer un mixage multiforme vécu quotidiennement, où des individus aux multiples appartenances et identités co-habitent et se côtoient.

Nous relevons d'ores et déjà sur le plan identitaire d'une Amérique métissée d'amérindianité, d'européanité, d'américanité, dans le temps et dans l'espace. Maintenant, la mixité se pluralise encore davantage grâce aux groupes de populations d'Afrique et d'Asie qui s'ajoutent à nos communautés. L'individu aujourd'hui est littéralement tel une passoire traversé de cultures et d'altérité. L'idée de la transculturalité active comme finalité suppose qu'il devienne un participant accueillant dans ce mouvement dynamique et dialogique. Car, comme nous, les nouveaux arrivants ont le goût d'une certaine continuité, ils ont envie « de vivre leur opacité, leur différence et leur réalité<sup>70</sup> ». Le concept d'intégration qui régit la plupart des rapports à l'autre dans nos sociétés dites d'accueil nie les possibilités d'une transculturalité, aboutit à la production de la mêmeté, et produit une faille profonde dans la logique de l'enrichissement par le contact des cultures. Ainsi, ce n'est plus d'intégration qu'il faut parler, mais de « l'harmonisation des différences et des opacités dans les sociétés<sup>71</sup> ».

Il faut comprendre que quand des « cultures, des races, des religions, et des visions différentes du monde » occupent et partagent un espace social, nous entrons dans des « processus de contaminations réciproques<sup>72</sup> » — le vocable « contamination » étant employé ici de façon descriptive, du latin 'contaminare' qui veut dire « entrer en contact avec », mais surtout dans son sens ancien de « *changer la nature de quelque chose, altérer*<sup>73</sup> ». Et oui, des aspects importants du francophone, comme l'identité et l'appartenance, peuvent subir des modifications significatives dans ces dialogues entre participants aux mémoires et aux imaginaires divers. Car la pluralité qui vient m'habiter, cette « explosion du monde en moi », comme dirait Chamoiseau, crée un imaginaire peuplé de mes antécédents, oui, mais aussi de tous ces mondes traversant mon être d'une complexité qui « constitue la construction transculturelle de mon imaginaire<sup>74</sup> », constat premier à faire dans cette nouvelle conjoncture, à moins d'y résister et de se replier sur une histoire et une mémoire que l'on croit principes fondateurs premiers et incontournables de l'identité et de l'avenir. Constatons plutôt que nous sommes désormais des individus

avec « des imaginaires de diversité », ce qui nous emmène à confronter la problématique suivante, à l'instar de Chamoiseau : « comment faire du lien, comment faire du social, comment vivre ensemble avec cette réalité qui ne correspond plus aux anciennes<sup>75</sup> »? Comment éviter l'écueil des « réflexes régressifs »? Quel serait le moyen d'enrayer les dérives, souvent même des discriminations : ne serait-il pas par cet imaginaire de la diversité qui établit de facto d'abord que notre société est multiculturelle, que dans cette logique, « les mémoires [...] réactualisées dans [un] espace [donné] doivent tenir compte de toutes les mémoires<sup>76</sup> » qui composent le milieu?

En somme, le transculturel, « c'est faire apparaître dans tous les lieux » — artistiques, média, institutions, sports, etc. — « des points de vue différents, des nuances culturelles, des nuances identitaires, des positionnements et des expériences qui ne sont pas standard et qui ne sont pas uniformes<sup>77</sup> ». « La vraie diversité, dit Chamoiseau, les vraies discriminations positives doivent être politiques [en tant qu'elles] veillent à ce qu'il n'y ait pas de zones sur lesquelles pèsent des fatalités économiques et des fatalités sociales<sup>78</sup> ». Ce sont des politiques globales axées sur cet imaginaire de la diversité qu'il faut définir et non des quotas de Noirs, d'Arabes ou de « visibles » dans tel lieu. « Ce sont [des] systèmes d'appartenance et [des] systèmes de signifiante qu'il nous faut désormais essayer de mettre en place<sup>79</sup> ».

## Notes

- \* Paul Dubé, Département des langues modernes et des études culturelles, Université de l'Alberta.
- 1 Présenté dans la conférence « Le 25<sup>e</sup> anniversaire de la Constitution canadienne : perspectives de l'Ouest », du 22 au 24 novembre 2007 au Campus Saint-Jean *Mahe c. Alberta*, 1990 CSC 133, [1990] 1 R.S.C. 342 (IIJCan) [*Mahe*].
- 2 *Charte canadienne des droits et libertés*, 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 (IIJCan) [*Charte*].
- 3 Kirk Makin, "Ten court rulings that cemented rights and freedoms" *The Globe & Mail* (12 avril 2007) A7
- 4 James Stribopolous, *Top 10 Charter Cases : As*

- Revealed at the Symposium on the 25th Anniversary of the Charter, A Tribute to Chief Justice Roy McMurtry, en ligne : <<http://www.thecourt.ca/2007/04/12/top-10-charter-cases-as-revealed-at-the-symposium-on-the-25th-anniversary-of-the-charter-a-tribute-to-chief-justice-roy-mc-murtry>>.
- 5 Pierre Bourdieu, *Le Sens pratique*, 1980, cité dans Alain Accardo et Philippe Corcuff, *La sociologie de Bourdieu – Textes choisis et commentés (2<sup>e</sup> éd. revue et corrigée)*, Bordeaux, Le Mascaret, 1986 à la p. 205.
  - 6 *Supra* note 4.
  - 7 1986 CSC 46, [1986] 1 R.C.S. 103 (IIJCan).
  - 8 1985 CSC 81, [1985] 2 R.C.S. 486 (IIJCan).
  - 9 1984 CSC 33, [1984] 2 R.C.S. 145 (IIJCan).
  - 10 1988 CSC 90, [1988] 1 R.C.S. 30 (IIJCan).
  - 11 1989 CSC 2, [1989] 1 R.C.S. 143 (IIJCan).
  - 12 1988 CSC 19, [1988] 2 R.C.S. 265 (IIJCan).
  - 13 *Supra* note 4 à la p. 3.
  - 14 *Ibid.*
  - 15 G.A. Beaudoin, « L'arrêt Mahé: Impact et conséquences » (1991) 19:1 *Education et francophonie* à la p. 5.
  - 16 Editorial, « Victory for French Schools » *Edmonton Journal* (16 March 1990).
  - 17 William Johnson, « Minorities Bound Together » *The Gazette*, text reproduit dans le *Edmonton Journal* (17 March 1990).
  - 18 Voir le site de la Fédération nationale des conseils scolaires francophones du Canada, en ligne : <<http://www.fncsf.ca>>.
  - 19 Breton, Raymond, « Modalités d'appartenance aux francophonies minoritaires. Essai de typologie » (1994) 26 *Sociologie et sociétés* à la p. 59-69.
  - 20 Voir document reproduisant une partie du débat entre John A. Macdonald et George Étienne Cartier, reproduit dans Denis Vaugeois et Jacques Lacoursière, dir, *Canada-Québec. Synthèse historique*, Ottawa, Éditions du Renouveau Pédagogique, 1978 à la p. 391.
  - 21 *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1967 (Présidents : André Laurendeau et A. Davidson Dunton) [Laurendeau et Dunton].
  - 22 L.R.C. 1985, c. 31 (4<sup>e</sup> suppl.).
  - 23 *Supra* note 1 au para. 51.
  - 24 *Ibid.* au para. 31.
  - 25 *Ibid.* au para. 35.
  - 26 *Ibid.* au para. 54.
  - 27 *Ibid.* au para. 85.
  - 28 *Ibid.* au para. 80.
  - 29 Louis Armentier, *Dictionnaire de la théorie et de l'histoire littéraires du XIXe siècle à nos jours*, Paris, Retz, 1986, s.v. « incipit ».
  - 30 Pierre Zima, *Manuel de sociocritique*, Paris, Éditions Picard, 1985 à la p. 152.
  - 31 Je reprends ici des aspects d'une argumentation présentée ailleurs : voir Paul Dubé, « L'école de la minorité et le jugement *Mahe* : le défi de l'avenir » (1991) 19:1 *Éducation et francophonie*, 28-33.
  - 32 *Loi Constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5.
  - 33 « Gouvernement du Canada: *Modification constitutionnelle de 1987 [L'Accord du lac Meech]* » (1988) 14 (s1) *Canadian Public Policy / Analyse de Politiques* 151 aux pp. 151-52.
  - 34 José Woehrling, « La reconnaissance du Québec comme société distincte et la dualité linguistique du Canada: conséquences juridiques et constitutionnelles » (1988) 14 (s1) *Canadian Public Policy / Analyse de Politiques* 43 à la p. 47.
  - 35 *Ibid.* à la p. 48.
  - 36 *Ibid.* à la p. 57.
  - 37 Dubé, *supra* note 31 à la p. 31.
  - 38 Woehrling, *supra* note 34 à la p. 49.
  - 39 Yves Le Bouthillier, « L'élargissement du droit à l'instruction en français aux enfants de parents immigrés » (1991) 19 *Éducation et francophonie* à la p. 10-16.
  - 40 *Ibid.* à la p. 11. Selon Le Bouthillier exprimé à la note 10 de son article, il s'agit « d'un document de consultation distribué en nombre limité à des groupes franco-ontariens particulièrement intéressés par l'instruction en français en Ontario ».
  - 41 *Ibid.*
  - 42 *Ibid.* note 12, Le Bouthillier se réfère à : « Saskatchewan : Une composante du système scolaire de la Saskatchewan au service des Fransaskois », Regina, ministère de l'Éducation de la Saskatchewan, 1989 [*Rapport*].
  - 43 *Rapport, ibid.* à la p. 11.
  - 44 Le Bouthillier, *supra* note 39 à la p. 12.
  - 45 *Ibid.*
  - 46 (1989), 58 D.L.R. (4th) 293 [*Lavoie*].
  - 47 S.N.S. 1995-96, c. 1.
  - 48 Le Bouthillier, *supra* note 39 à la p. 12, comprenant citation tirée de le *Education Act, ibid.*
  - 49 Le Bouthillier, *ibid.*
  - 50 Laurendeau et Dunton, *supra* note 21 à la p. 200.
  - 51 Le Bouthillier, *supra* note 39 à la p. 13.
  - 52 Joseph E. Magnet, « Minority-Language Educational Rights » (1982) *Supreme Court Law Review* 195 à la p. 202, cité par Le Bouthillier, *ibid.* à la p. 14.
  - 53 André Braën, *Les droits des minorités de langue officielle au Canada*, Ottawa, Programme de

- contestation judiciaire, 1990 à la p. 15-16.
- 54 *Ibid.* Voir aussi pour la genèse de l'article 23, Proulx, Jean-Pierre, « Le choc des Chartes : histoire des régimes juridiques québécois et canadien en matière de langue d'enseignement » (1989) 23 :1 La Revue juridique Thémis 67.
- 55 Le Brouhillier, *supra* note 39 à la p. 14.
- 56 *Ibid.* à la p. 15.
- 57 Accardo et Corcuff, *supra* note 5 aux pp. 71-88.
- 58 Michel Peterson, « L'imaginaire de la diversité. Entrevue à (sic) Patrick Chamoiseau », en ligne : Potomitan <<http://www.potomitan.info/divers/imaginaire.htm>>
- 59 Paul Ricoeur, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Éditions du Seuil, 2000 aux pp. 97-105.
- 60 Carmel Camillieri, « La communication dans la perspective interculturelle », Camallieri et Margalit Cohen-Émerique, *Chocs des cultures : concepts et enjeux pratiques de l'interculturel*, Paris, L'Harmattan, 1989 aux pp. 363-98, 389.
- 61 *Ibid.* à la p. 389.
- 62 J. Yvon Thériault, « Entre la nation et l'ethnie. Sociologie, société et communautés minoritaires francophones » (1994) 26 Sociologie et sociétés à la p. 20.
- 63 Peterson, *supra* note 58.
- 64 *Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles* (CCPARDC), aussi connue comme la Commission Bouchard-Taylor, en ligne : <<http://www.accommodements.qc.ca>> [*Commission sur les accommodements raisonnables*].
- 65 À l'Association canadienne-française de l'Alberta, par exemple, où le débat perdure depuis quelques années, et dont la résistance à une nouvelle appellation plus inclusive fait dire à certains que l'association s'achemine soit vers le cimetière ou vers un renouvellement.
- 66 *La Commission sur l'inclusion dans la communauté fransaskoise*, « De la minorité à la citoyenneté ». Sous la présidence de Wilfred Denis; Frédéric Dupré à la rédaction et à la recherche. Rapport déposé à l'Assemblée communautaire fransaskoise le 16 septembre 2006, à Regina en Saskatchewan.
- 67 Roger Bernard, *Le Canada français: entre mythe et utopie*, Ottawa, Le Nordir, 1998.
- 68 Patrick Chamoiseau, Interview. Propos recueillis par Philippe Triay (en décembre 2005), en ligne : <[http://martinique.rfo.fr/imprimer.php3?id\\_article=111](http://martinique.rfo.fr/imprimer.php3?id_article=111)>.
- 69 *Ibid.*
- 70 *Ibid.*
- 71 *Ibid.*
- 72 *Ibid.*
- 73 *Dictionnaire Le Robert*, Paris, Société du Nouveau Littéré, 1976 à la p. 484 [je souligne].
- 74 Chamoiseau, *supra* note 69.
- 75 *Ibid.*
- 76 *Ibid.*
- 77 *Ibid.*
- 78 *Ibid.*
- 79 *Ibid.*