

Avant-propos

*Adam Dodek**

Les anniversaires sont un temps de réflexion. Ils permettent de revenir à nos réalisations et d'anticiper les défis qui nous attendent. Des fois, les anniversaires peuvent nous faire sentir inadéquat. Dans mon jeune temps, j'ai parfois senti de cette façon quand je pensais à Thomas Jefferson, et comment il avait 33 ans quand il a rédigé la Déclaration d'indépendance en 1776¹, ou bien que Rosalie Abella avait 29 ans quand elle a été nommée juge en Ontario². Qu'est-ce que j'avais accompli par l'âge de 29 ou 33 ?

Ce sont des questions que nous devrions poser par rapport à notre pays comme il célèbre son sesquicentenaire en 2017. Au lieu de cela, Canada 150 a été beaucoup plus axé sur les célébrations que sur les réflexions cérébrales. Je crains que lorsque l'on reviendra sur Canada 150, beaucoup y verront une occasion manquée.

Le projet *Constitution 150* a tenté d'éviter ce piège. Le projet a été créé en partenariat entre le Groupe de droit public de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, la Faculté de droit de l'Université d'Alberta, le Centre d'études constitutionnelles de l'Université d'Alberta, et l'Université de Montréal. Nos thèmes étaient « Confédération, Rapatriement, et Réconciliation », et notre objectif était d'utiliser l'occasion de la 150^e afin de promouvoir un engagement critique à l'égard des jalons constitutionnels et des enjeux continuels de notre Constitution. À cette fin, en 2017, nous avons tenu trois conférences connexes, chacune axée sur l'un des

* Doyen et professeur titulaire, Faculté de droit, Section de common law, Université d'Ottawa.

1 Frank Freidel et Hugh Sidey, « Thomas Jefferson », en ligne : <www.whitehouse.gov/about-the-white-house/presidents/thomas-jefferson>.

2 Cour suprême du Canada, « L'honorable Rosalie Silberman Abella » (2 octobre 2017), en ligne : <www.scc-csc.ca/judges-juges/bio-eng.aspx?id=rosalie-silberman-abella>.

thèmes suivants: Confédération (Montréal), Rapatriement (Ottawa), et Réconciliation (Edmonton).

La *Revue de droit d'Ottawa* a été un partenaire clé dans la convocation de la conférence sur le rapatriement et la *Charte canadienne des droits et libertés*. La *Charte et les questions émergentes en matière de droits et libertés constitutionnels: de 1982 à 2032* a eu lieu du 8 au 10 mars 2017, à l'Université d'Ottawa. Elle a réunie plus de 150 participants de l'académie canadienne, du gouvernement, et surtout, des étudiants. La conférence a été introduite par le président de l'Université, Jacques Frémont, et l'ainée en résidence de la Faculté de droit et membre de la Société honorifique de common law, Claudette Commanda. L'honorable Richard Wagner, juge à la Cour suprême du Canada, et l'honorable Jody Wilson-Raybould, ministre de la Justice et procureure générale du Canada, ont chacun prononcé des allocutions, qui sont incluses dans ce numéro. Un entretien spécial a été mené avec l'activiste autochtone, Cindy Blackstock qui nous rappelle qu'aujourd'hui, il est impossible de parler de la Constitution ou de la réconciliation sans reconnaître la dure réalité de la discrimination et de la pauvreté dans laquelle tant de peuples autochtones continuent de vivre dans ce pays.

Ce numéro de la *Revue de droit d'Ottawa* est consacré aux textes liés au thème de la conférence entourant la *Charte canadienne des droits et libertés*. D'une manière peut-être inattendue, chacun des articles de ce numéro traite en quelque sorte d'un thème général de «révolution». La promulgation de la *Charte des droits et libertés* en 1982 a inauguré une révolution dans la manière dont nous envisageons les droits dans ce pays, et la relation entre l'État et ses citoyens. Dans «Dialogue, Remedies, and Positive Rights: *Carter v Canada* as Microcosm for Past and Future Issues under the *Charter of Rights and Freedoms*», Emmett Macfarlane utilise la décision de la Cour suprême dans *Carter c Canada*³ pour explorer certaines questions cruciales ressortissant de trois décennies de jugements reliés à la *Charte*. Il évalue le statut de la «théorie du dialogue», la distinction entre les droits négatifs et positifs, et l'affection de la Cour suprême pour l'article 7 et l'évitement de l'article 15. Macfarlane aborde ensuite l'utilisation par la Cour des déclarations suspendues, qui sont devenues acceptables, sinon banales, avant *Carter*. Macfarlane affirme que «*Carter* marks a prime example of the problematic use of suspended declarations: the Court provides no justification for its remedy; the remedy is insufficiently attentive

3 *Carter c Canada* (Procureur général), 2015 CSC 5, [2015] 1 RCS 331.

to the obvious provincial role at stake in the policy environment; and the Court exacerbates the impact on rights-holders by extending the suspension ». La deuxième décision *Carter* («*Carter II*») examine certains des problèmes sous-jacents à l'utilisation libérale des déclarations suspendues⁴. Macfarlane voit *Carter II* comme un tournant probable pour la Cour dans son utilisation des déclarations suspendues.

Passant à une autre révolution—celle des droits reproductifs ou du contrôle d'une femme sur son corps—Joanna Erdman examine comment les droits constitutionnels à l'avortement au Canada ont changé et évolué avec le temps. Dans «Public Rights and Private Acts: The Constitutionalization of Abortion in Canada», Erdman tente de comprendre l'activisme féministe à l'origine des droits constitutionnels à l'avortement. Bien que la décision de la Cour suprême du Canada dans *R c Morgentaler* (1988)⁵ soit évidemment une partie importante de cette histoire, Erdman exige que *Morgentaler* soit considéré dans son contexte historique complet. En appliquant une analyse sociojuridique, Erdman affirme que les droits à l'avortement ne sont pas forgés dans un texte ou une doctrine juridique, mais par des gens qui réclament et organisent autour d'eux et les différentes institutions de l'État qui leur donnent sens et expression. Ensemble, ces idées et pratiques ont, au fil du temps, créé un nouveau contexte politique qui a fondamentalement changé la signification des droits à l'avortement au Canada au cours des 150 dernières années. Cette révolution est continuelle.

Alors qu'Emmett Macfarlane s'est concentré sur la révolution des droits de la *Charte* en faisant des cours l'institution centrale de la délibération sur les droits, Dan Moore offre peut-être une évaluation encore plus radicale des futures instances pour le traitement judiciaire des droits. Moore part du principe que, pendant les 35 premières années de l'application de la *Charte*, les cours ont été au cœur de la promotion des droits de la personne. Dans «Engagement with Human Rights by Administrative Decision-Makers: Building a More Grassroots Human Rights Culture», Moore argumente que ce phénomène centré sur les cours est susceptible de changer. Moore voit le Canada passer d'un modèle de «mise en application judiciaire» de la mise en œuvre constitutionnelle à un modèle plus administratif. Il prédit que les décideurs judiciaires administratifs «will be increasingly required to engage with complex human rights concepts

4 *Carter c Canada* (Procureur général), 2016 CSC 4, [2016] 1 RCS 13.

5 *R c Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30, 63 OR (2^e) 281.

in exercising their discretion. This includes not only the *Charter* but also international human rights sources». Moore ne sous-estime pas la portée du défi ou l'impact que de tels changements pourront apporter. Il croit que cela se traduira par une culture des droits de la personne plus décentralisée et locale. Ce serait en effet véritablement révolutionnaire.

Dans «You Say You Want an Environmental Rights Revolution: Try Changing Canadians' Minds Instead (of the *Charter*)», Jason MacLean adopte explicitement la métaphore de la révolution. MacLean s'attaque à un problème difficile: étant donné la nouvelle réalité climatique dans laquelle nous vivons et l'incapacité du gouvernement canadien à réduire considérablement les émissions de carbone, quelle est la meilleure façon de réaliser du progrès au Canada en matière de changements climatiques? MacLean n'hésite pas de s'attaquer à la tendance des universitaires en droit de l'environnement à proposer de constitutionnaliser les droits environnementaux pour améliorer la protection de l'environnement. Il considère cette stratégie comme imparfaite et peu susceptible de réaliser un changement significatif. Au lieu de cela, MacLean préfère le plaidoyer et l'amélioration de l'éducation du changement climatique et du développement durable. Il préfère s'engager dans une délibération démocratique sur l'équilibre souhaité des co-bénéfices. Si cette stratégie réussit, une révolution aura alors lieu dans la façon dont les Canadiens et Canadiennes pensent à l'environnement. Cela entraînera la reconnaissance constitutionnelle éventuelle de l'environnement.

Enfin, dans «Bilinguisme législatif: l'importance des méthodes de production des textes législatifs», Karine McLaren met l'interprétation bilingue sous son microscope analytique. Comme elle le fait remarquer, très peu d'attention semble avoir été accordée au processus de production des textes bilingues. Cela est surprenant en raison du principe fondamental de l'interprétation bilingue dans l'interprétation des lois au Canada. McLaren souligne le lien étroit qui doit être établi entre le bilinguisme législatif en tant qu'obligation légale et les méthodes de rédaction de la législation découlant de cette obligation. McLaren souligne l'importance de faire correspondre les versions linguistiques de la législation bilingue et examine les deux principales méthodes de production d'une législation bilingue au Canada: la corédaction et la traduction. Elle explique pourquoi ces notions, en fait, désignent des réalités différentes, chacune avec leurs avantages et leurs inconvénients.

Merci aux rédacteurs et rédactrices de la *Revue de droit d'Ottawa* pour leur vision et leur direction dans l'élaboration de ce numéro spécial sur la

Constitution 150, et d'avoir contacté le comité organisateur de la Conférence constitution 150 de la *Charte* pour s'associer à cette Conférence. La conférence a été rendue possible grâce au financement d'une subvention du CRSH—Canada 150, du programme de subventions d'organisations de conférences et d'ateliers de l'Université d'Ottawa, de la Chaire de Greenberg sur les femmes et la profession juridique, et de l'ancienne doyenne Nathalie Des Rosiers.

Merci aux membres du comité organisateur de la conférence: Aleksandra Baic, Stephen Bindman (Justice Canada), Angela Cameron, Nathalie Chalifour, Isaac da Silva Aboo, Catherine Dion-Gagnon, Pierre Foucher, Daphne Gilbert, Vanessa Gruben, Alexandra Mogyoros, Sarah Morales, Laurie Sargent (Justice Canada), et Sophie Thériault. La conférence n'aurait pas été un succès sans le merveilleux travail de Sylvie Corbin, de Derek Brine, de Véronique Larose, et d'Éric Proulx de la Faculté de droit. Enfin, merci aux autres membres du comité organisateur de Constitution 150: Eric Adams (Faculté de droit, Université de l'Alberta), Matthew Harrington (Université de Montréal, Faculté de droit) et Patricia Paradis (Centre for Constitutional Studies, Université de l'Alberta).

Foreword

*Adam Dodek**

Birthdays are a time for reflection. They are a time to look back on one's accomplishments and look forward to challenges that lie ahead. Sometimes birthdays may make us feel inadequate. In my younger days, I sometimes thought that way when I pondered that Thomas Jefferson was 33 when he wrote the Declaration of Independence in 1776¹ or that Rosalie Abella was 29 when she was first appointed a judge in Ontario.² What had I done by the age of 29 or 33?

These are the questions that we should be posing about our country as it celebrates its sesquicentennial in 2017. Instead, Canada 150 has been much more about celebrations than about cerebral reflections. I fear that when we look back on Canada 150, many will see it as a lost opportunity.

The *Constitution 150* project attempted to avoid this trap. It was created as a partnership between the Public Law Group at the University of Ottawa's Faculty of Law, the Faculty of Law at the University of Alberta, the Centre for Constitutional Studies at the University of Alberta, and the Université de Montréal. Our themes were "Confederation, Patriation, and Reconciliation," and our goal was to use the occasion of Canada's 150th to promote critical engagement about constitutional milestones and enduring issues under our Constitution. To this end, in 2017 we held three related conferences, each focusing on one of these themes: Confederation (Montréal), Patriation (Ottawa), and Reconciliation (Edmonton).

* Dean and Full Professor, Faculty of Law, Common Law Section, University of Ottawa.

1 Frank Freidel & Hugh Sidey, "Thomas Jefferson", online: <WhiteHouse.gov>.

2 Supreme Court of Canada, "The Honourable Rosalie Silberman Abella" (02 October 2017), online: <www.scc-csc.ca>.

The *Ottawa Law Review* was a key partner in convening the conference focussing on patriation and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The *Charter and Emerging Issues in Constitutional Rights and Freedoms: From 1982 to 2032* was held March 8–10, 2017 at the University of Ottawa. It brought together over 150 participants from the Canadian academy, government, and importantly, students. The conference was opened by University President Jacques Frémont and the Faculty of Law's Elder in Residence and member of the Common Law Honour Society Claudette Commanda. The Honourable Mr. Justice Richard Wagner of the Supreme Court of Canada and the Honourable Jody Wilson-Raybould, Minister of Justice and Attorney General of Canada each provided keynote speeches, which are included in this issue. A special interview was conducted with Indigenous activist Cindy Blackstock who reminds us that today, it is impossible to talk about the Constitution or about reconciliation without recognizing and addressing the harsh reality of discrimination and poverty in which so many Indigenous peoples continue to live in this country.

This issue of the *Ottawa Law Review* is dedicated to the papers related to the conference theme surrounding the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In perhaps an unexpected way, each of the papers in this issue relate, in some way, to a general theme of “revolution.” The enactment of the *Charter of the Rights and Freedoms* in 1982 ushered in a revolution in the way we think about rights in this country and the relationship between the state and its citizens. In “Dialogue, Remedies, and Positive Rights: *Carter v Canada* as Microcosm for Past and Future Issues under the *Charter of Rights and Freedoms*,” Emmett Macfarlane uses the Supreme Court's decision in *Carter v Canada*³ to explore some of the critical issues in three decades of *Charter* adjudication. He evaluates the status of “dialogue theory,” the distinction between negative and positive rights, and the Supreme Court's fondness for section 7 and avoidance of section 15. Macfarlane then tackles the Court's use of suspended declarations which had become accepted, if not banal, prior to *Carter*. Macfarlane asserts that “*Carter* marks a prime example of the problematic use of suspended declarations: the Court provides no justification for its remedy; the remedy is insufficiently attentive to the obvious provincial role at stake in the policy environment; and the Court exacerbates the impact on rights-holders by extending the suspension.” The second *Carter* decision (*Carter II*) exposes and probes some of the underlying problems with the liberal use

3 *Carter v Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 SCR 331.

of suspended declarations.⁴ Macfarlane sees *Carter II* as a likely turning point for the Court in its use of suspended declarations.

Turning to a different sort of revolution—one in reproductive rights or the control of a woman over her body—Joanna Erdman examines how constitutional abortion rights in Canada have changed and evolved over time. In “Public Rights and Private Acts: The Constitutionalization of Abortion in Canada” Erdman endeavours to understand the feminist activism from which constitutional abortion rights were born. While the Supreme Court of Canada’s decision in *R v Morgentaler* (1988),⁵ is obviously an important part of this story, Erdman demands *Morgentaler* be considered in its full historical context. Applying a socio-legal analysis, Erdman asserts that abortion rights are not forged in legal text or doctrine, but by people on the streets who claim and organize around them and the different institutions of the state which give them meaning and expression. Together, these ideas and practices have, over time, created a new political context which has fundamentally shifted the meaning of abortion rights in Canada over the past 150 years. The revolution is ongoing.

Whereas Emmett Macfarlane focused on the rights revolution of the *Charter* in making the courts the central institution of rights deliberation, Dan Moore offers perhaps an even more radical assessment of the future fora for rights adjudication. Moore takes as his starting point that for the first 35 years under the *Charter*, the courts have been the central arena for the adjudication and advancement of human rights. In “Engagement with Human Rights by Administrative Decision-Makers: Building a More Grassroots Human Rights Culture,” Moore argues that this court-centric phenomenon is likely to change. Moore sees Canada moving from a “judicial enforcement” model of constitutional implementation to more of an administrative focus. He predicts that administrative judicial decision-makers “will be increasingly required to engage with complex human rights concepts in exercising their discretion. This includes not only the *Charter* but also international human rights sources.” Moore does not underestimate the scope of the challenge or of the impact that such changes can bring. He believes that it will result in a more grassroots and decentralized human rights culture. That would indeed be truly revolutionary.

In “You Say You Want an Environmental Rights Revolution: Try Changing Canadians’ Minds Instead (of the *Charter*),” Jason MacLean

4 *Carter v Canada (Attorney General)*, 2016 SCC 4, [2016] 1 SCR 13.

5 *R v Morgentaler*, [1988] 1 SCR 30, 63 OR (2d) 281.

explicitly adopts the revolution metaphor. MacLean sets out to tackle a challenging problem: given the new climate reality that we live in and the Canadian Government's failure to make a significant dent in reducing carbon emissions, what is the best way to achieve progress in Canada on climate change? Maclean does not shirk from tackling head-on the strong trend among environmental legal academics to propose constitutionalizing or attempting to constitutionalizing environmental rights to enhance environmental protection. He views this strategy as flawed and unlikely to achieve meaningful change. Instead, Maclean favours focussing on advocacy and enhanced climate change and sustainability education. He prefers engaging in democratic deliberation over the desired balance of co-benefits. If this strategy succeeds, a revolution will have then occurred in how Canadians think about the environment. This will result in the eventual constitutional recognition of the environment.

Finally, in "Bilinguisme Législatif : L'importance des méthodes de production des textes législatifs," Karine McLaren puts bilingual interpretation under her analytical microscope. As she notes, very little attention seems to have been paid to the process by which bilingual texts are produced. This is surprising because of the fundamental principle of bilingual interpretation in statutory interpretation in Canada. McLaren highlights the close link that must be established between legislative bilingualism as a legal obligation and the methods of producing legislation resulting from this obligation. McLaren highlights the importance of matching linguistic versions of bilingual legislation and examines the two main methods of producing bilingual legislation in Canada: co-authoring and translation. She explains why these notions, in fact, designate different realities, each with their respective advantages and disadvantages.

Thank you to the editors of the *Ottawa Law Review* for their vision and leadership in putting together this special Constitution 150 issue and in reaching out to the organizing committee of the Constitution 150 *Charter* Conference to partner in that conference. The conference was made possible through funding from a SSHRC Connections Grant-Canada 150, the University of Ottawa Conference and Workshops Grant Program, the Greenberg Chair for Women and the Legal Profession, the Office of Vice-Dean Research, and former Dean Nathalie Des Rosiers.

Thank you to conference organizing committee members Aleksandra Baic, Stephen Bindman (Justice Canada), Angela Cameron, Nathalie Chalifour, Isaac da Silva Aboo, Catherine Dion-Gagnon, Pierre Foucher, Daphne Gilbert, Vanessa Gruben, Alexandra Mogyoros, Sarah Morales,

Laurie Sargent (Justice Canada), and Sophie Thériault. The conference could not have been a success without the wonderful work of Sylvie Corbin, Derek Brine, Véronique Larose, and Éric Proulx at the Faculty of Law. Finally, thank you to the other members of the *Constitution 150* organizing committee: Eric Adams (Faculty of Law, University of Alberta), Matthew Harrington (Université de Montréal, Faculté de droit), and Patricia Paradis (Centre for Constitutional Studies, University of Alberta).

