

Constitutional
forum
constitutionnel

 CENTRE *for* CONSTITUTIONAL STUDIES
Centre d'études constitutionnelles

Constitutional Forum constitutionnel

Editor:

Greg Clarke

Production:

Amber Holder

Student Editors:

Natasha Dubé

Alethea Adair

Subscriptions

Canadian Orders:

\$44.10 CDN (includes 5% GST) per volume
(3 issues)

US and other international orders:

\$42.00 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: 978-0-9695906-5-1

PUBLICATION MAIL AGREEMENT #4006449667

Centre for Constitutional Studies

Management Board

- Eric Adams
- Richard W. Bauman, Chair
- Mr. Justice Ronald Berger
- Peter Carver, Deputy Chair
- L. Christine Enns
- Lois Harder
- Donald Ipperciel
- Ritu Kullar
- Randall Morck
- George Pavlich
- Pat Paradis
- Bronwyn Shoush

Staff

- Greg Clarke, Acting 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

 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
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

- 101 **Conditions Under Which Québec Prefers a Strong Federal Government, or Why Decentralization is not Necessarily a Good Thing for Québec**
Michel Venne
- 107 **A Democratic Defence of the Court Challenges Program**
Larissa Kloegman
- 117 **A Level Playing Field for Classical Liberalism: the Abolition of the Court Challenges Program Empowers a Diversity of Perspectives on Freedom and Equality**
John Carpay
- 127 **Droits scolaires collectifs en concurrence ou en complémentarité : Langue et religion dans le droit constitutionnel de gestion des écoles de langue française au Canada**
Pierre Foucher
- 135 **La gestion de la diversité religieuse en milieu scolaire : le modèle « Made in Alberta »**
Natalie Boisvert

Conditions Under Which Québec Prefers a Strong Federal Government, or Why Decentralization is not Necessarily a Good Thing for Québec

Michel Venne*

Let me begin by thanking the organizers of a Simon Fraser University federalism workshop for inviting a non-academic to share some reflections about federalism.¹ This file cannot stay closed forever. While preparing these reflections, I came across a lapel pin representing the fleur de lisé — the Québec flag — which illustrates one of the main points I want to stress here: the Québec question is essentially a question of identity and recognition. It has little or nothing to do with the so-called fiscal imbalance or any other specific problem of that kind.

It has often been written that the Québec nation is not free within Canada. If a Vancouver audience were to pose the question of what Québec wants, the easy answer would be to be recognized for what it is, and to be as free as possible to decide for itself what is good for the Québécois people. This is what Mr. Mario Dumont, leader of the Action démocratique du Québec (ADQ), calls “autonomy.” This is what Paul Gérin-Lajoie meant in his 1966 report to the Québec Liberal Party calling for the recognition of “special status” for Québec. This is also what Unionist premier Daniel Johnson, Sr., had in mind in 1968 when he posed two federalist options for Québec: “Equality or Independence.” And this is also the reason why Robert Bourassa refused to sign the Victoria Charter in

1970. More recently, recognizing Québec as a “distinct society” was the essence of the Meech Lake Accord of 1987.

Important distinctions need to be made. We are not talking here of a decentralized federation. Québec has been saying for a long time that it wants to be treated as an equal partner by so-called English Canada or the “Rest of Canada” (ROC). Québec does not want to be merely a province like all the others. This is not all rhetoric; it is profoundly felt by a majority of Québécois, and it is based on the principle of the equality of the imagined “two founding peoples” of Canada. Apologies are due here to First Nations peoples.

The desire to be recognized as a special entity within the Canadian federation came out clearly in the electoral platform of the ADQ in the 2007 provincial election.² The ADQ seeks autonomy for Québec without separation. It proposes to abolish the Council of the Federation and to replace multilateral executive federalism (as it has been practiced until now) with equal, “nation to nation” bilateral relations between Québec and Canada. Québec would then adopt a constitution and would no longer be formally referred to as a province. Officially, the Québec constitution would adopt the term “Autonomist State of

Québec” (“l’État autonome du Québec”).³ Québec citizenship, and other features of statehood, would accompany this constitutional status. It is not clear that all of this would change much in the daily lives of the people, if this project were to be implemented. Moreover, if the ADQ were to win an election, and if it tried to implement this platform, it would probably be faced with the harsh reality that it is not possible to act as if you are sovereign when you are not! In any event, Mr. Dumont is a popular political leader in Québec, and this has at least something to do with his “autonomist” position (located between federalist and sovereigntist options).

Autonomy, for Mr. Dumont and for many Québécois who support the idea, is a way to have your cake and eat it too: it is *s’affirmer sans se séparer*. Mr. Dumont seeks thereby to achieve autonomy for the Québec nation without separating from Canada. Many Québécois have felt unfairly treated and alienated by English Canadians. But, they still believe that this could be fixed, if I can put it this way, by remaining within Canada. The Québécois prefer “réparation” to “séparation,” and they still believe it is achievable by amending the Canadian Constitution. They suppose that a constitutional amendment which entrenches recognition of Québec in the fundamental law of the country would give it more power, and greater political and financial autonomy within Canada.

The problem with this vision is that, since 1982, it has become very difficult to achieve. As a result of the process that led to the patriation of the Constitution, including two reference cases decided by the Supreme Court of Canada, all provinces are now considered equal. The Canadian Constitution cannot be amended without the consent of at least seven provinces, and the equality of the two imagined founding peoples is now recognized only with respect to the status of official languages. In the 1998 Québec secession reference,⁴ the Supreme Court of Canada identified four relevant constitutional principles; duality (or if you prefer, the recognition of two founding peoples) was not one of them. But the protection of minority rights was indeed one of these principles. French Canadians have rights as members of a language mi-

nority in Canada, but not as a founding people. Again, Québec does not have special status in the federation; it is a province like all the others, and that’s all.

Admittedly, forms of federal asymmetry have developed over time in Canada. But as Peter Graefe of McMaster University has written,⁵ recent examples such as the September 2004 Federal-Provincial-Territorial Health Accord, are quite limited in scope compared to the experience of the 1960s and 1970s, when Québec created its own pension plan, negotiated a specific agreement on immigration, and opted-out of many federal programs. For Graefe, asymmetry was seen as acceptable to the federal government in 2004 because it was consistent with an emerging new form of governance. The federal government, Graefe writes, is less concerned with ensuring that provinces adhere to strict conditions or broader national standards, and more interested in setting agendas and steering reform. In such a context, Ottawa accepts asymmetry as provincial variation in program design at a low cost. Graefe notes that this new governance-style does not require the same degree of provincial buy-in as the major programs of the Canadian welfare state, which emerged in the 1950s and 1960s. Nevertheless, the new asymmetry allows the federal government to participate in re-engineering the content, delivery, and goals of programs within provincial jurisdiction, even while the federal government’s share of total program costs generally remain less than it was in the late 1970s or early 1980s.

The spirit of the 1999 Social Union Framework Agreement — which Québec refused to sign — is present in recent agreements, especially those addressing health care, and includes those signed by separatist premiers Lucien Bouchard and Bernard Landry. These supposedly asymmetrical accords are, in fact, offered to all provinces, and Québec gains no special status from signing-on to them. Because they are offered to all provinces, they are easier to sell in ROC than would be constitutional recognition of special status for Québec. The recent House of Commons motion recognizing “Québécois as a nation within a united Canada” is not entrenched in the Constitution. This mo-

tion, in any case, will probably be of no more consequence than was the House of Commons' recognition of Québec as a "distinct society" at the end of 1995, a couple of weeks after the Québec secession referendum.

Special status for Québec is no longer possible in the post-Meech era. A poll conducted by the CBC, only six months after the 1995 referendum, showed that four out of ten Canadians outside Québec would have preferred that Québec become independent rather than be given more or new powers. In other words, 40 percent of Canadians outside Québec would rather Québec leave than be offered concessions, and 85 percent were against special powers for Québec. Notably, this was only six months after a referendum in which close to 50 percent of Québécois said they wanted to create a new country. In other words, even the threat of secession was not enough to sway public opinion in ROC towards the concession of special status for Québec in Canada's federation.⁶

The Québec autonomy that Mario Dumont is promising is no more than an illusion. It will never happen. At the same time, the federal asymmetry we actually have with Québec is without real consequence. According to a study by Gilbert Charland⁷ of the École nationale d'administration publique, Ottawa has intruded into thirteen of sixteen policy domains under exclusive provincial jurisdiction. The only three remaining domains still under exclusive provincial jurisdiction are municipal affairs, primary and secondary education, and civil law. Québec's fiscal policy is intertwined with federal fiscal policy as, of course, is the case with all other provinces. In the early 1990s, about 21 percent of the Québec government's revenues came from federal transfers; in 2006, that number dropped to 18 percent, although Ottawa promised to increase that contribution in its next budget. Undoubtedly, it is difficult to talk of an autonomous Québec when it does not control foreign trade, monetary and economic policy, criminal law, and so many of the other important policy domains that John A. Macdonald made sure remained in the hands of the federal government.

Nevertheless, the fact remains that there

are times when Québec sometimes agrees that the federal government should be strong, and that is when its actions or policies are consistent with the goals of Québec. When Ottawa put more money into the health care system, even the separatist Bernard Landry was unable to refuse it, despite the strings attached to the purse. There is also agreement within Québec on the need for Canada to fight for the adoption of an international convention to protect the diversity of cultural expression. Québec supports the use of the *Canada Health Act*⁸ to protect the public character of the health care system. And Québec had no objection when former Liberal cabinet minister Ken Dryden tried to get other provinces on board with the idea of low-cost childcare, with financial compensation for Québec. In spite of these counter-examples, Québec prefers to retain its capacity to make policy decisions for itself, by itself. Sometimes Québec goes it alone, as it did when it created a childcare system costing about \$2 billion a year, and without any financial support from Ottawa. In fact, Québec is even prepared to lose hundreds of millions of dollars in tax benefits for Québec taxpayers who pay only \$5 or \$7 a day for daycare, instead of the \$30 or more paid by parents in other provinces. When Québec decides to go it alone with a policy that is inconsistent with federal fiscal or budgetary priorities, the province loses money (as would be the case with any other province). To act autonomously and to innovate in an intertwined fiscal system comes at a price, and autonomy does not pay in the Canadian fiscal system as it now exists; social innovation does not come cheap. Real autonomy for a province, defined as more than mere variation in program design and delivery, is difficult to achieve in the Canadian federation. This is true for the poorer provinces, but it is probably also true for a rich province like Ontario.

So the reflex of Québec governments has long been to demand more power, but in the context of the federal norm of provincial equality, more power means further decentralization. Indeed, decentralization is a word frequently used to describe the traditional demands of Québec. But is decentralization a satisfactory answer to the question of Québec in the Canadian federation? Sometimes it can play against

the interests and aspirations of Québec and the Québécois to have a decentralized federation. Two examples illustrate the dilemma involved.

The first concerns nonrenewable natural resources, which belong to the provinces. That constitutional fact accounts for the extraordinary growth of the Albertan economy. Indeed, the exploitation of the tar sands has created a dramatic gap between what Alberta and the other provinces can afford to spend on social programs. Because of the growth in its natural resource revenues, Alberta's fiscal capacity after equalization for 2007-08 is more than \$11,000 per capita, while the per capita fiscal capacity of the other nine provinces ranges between \$6,200 and \$6,900.⁹ When one also considers that Alberta is a debt-free zone, while other provinces pay billions in interest costs to service their provincial debts, the gap grows even wider. There is even no sales tax in Alberta, making private investment in Alberta all the more attractive. Meanwhile, without receiving any benefit from Alberta's favourable revenue position, Canadians in other provinces are burdened with sharing the costs to the environment of the Albertan petroleum industry. Unquestionably, Québec does not benefit at all from Alberta's exercise of *its* autonomy. According to a study published by Stuart Landon & Bradford Reid of the University of Alberta,¹⁰ the centralization of revenues correlates with lower regional inequalities. What we observe today in the example of nonrenewable natural resource revenues is a decentralized provincial revenue situation exactly the opposite of the one which might help Canadians in all regions gain access to comparable public services at reasonably comparable levels of taxation.

The second example is postsecondary education. Until 1995, under the Established Programs Financing (EPF) scheme, the provinces were limited in their ability to use federal transfers targeted for postsecondary education for other purposes. But in 1995, then finance minister Paul Martin not only reduced the amount of all transfers but merged them into one larger package — the Canada Health and Social Transfer program (CHST) — which gave more flexibility to the provinces in their use of these funds. More flexibility in how these funds

could be used by the provinces was the trade-off the federal government was willing to make in exchange for offering less money. Among the many consequences of the introduction of the CHST, I might mention the impact of this increased flexibility on the cost of university tuition fees across the provinces. Until 1995, tuition fees amounted to around 20 percent of university revenues. When more flexibility was given to the provinces in their financing of postsecondary education, tuition fees started to rapidly increase to the level that we know today. The message from Paul Martin was clear: the federal government will offer less money for universities in Canada, and the provinces will have to find other money elsewhere. And provinces did indeed find this money — in the pockets of students or their parents. The federal government encouraged parents to save money to pay the cost of their children's university education by creating the Registered Education Saving Plan (RESP). All provinces applied the scheme. In Québec, tuition fees are less than a third of what they are in the rest of the country. But right now the Québec government is under pressure to increase those fees to the level of the rest of the provinces. The autonomy given to the provinces in the specific case of postsecondary education, or, to put the point differently, the decentralization of provinces' capacity to make policy decisions regarding postsecondary education, has become a new national standard which Québec finds difficult to reject because, again, it will be fiscally disadvantaged if it does not follow the lead of other provinces.

As it turns out, decentralization is not at all a guarantee of more autonomy, or a guarantee of better benefits for Québec. Asymmetry, as it has evolved over the last several years, has had only marginal effects on Québec's ability to achieve autonomy, and does not change the power dynamic in Canadian federalism. In this *rapport de force*, Québec is losing: losing power or losing money.

On the one hand, the federal division of powers between Ottawa and the provinces assigns Ottawa almost unlimited powers to define policy priorities and to steer reforms. Sometimes Québec agrees with the reforms Ottawa proposes

— as in the case of health care — and sometimes Québec disagrees and suffers the consequences, usually losing money. But more than that, the Québécois presence is diminishing in federal institutions because its demographic weight is declining. As a result, the influence of Québec on federal policy making is fading.

In the face of this fading policy influence, decentralization may not be the best solution for Québec, especially when decentralization gives more power to richer or “have” provinces. Decentralization can create a new set of standards for fiscal or social policy that is difficult for Québec to oppose. The Québec government’s margin of maneuver is restricted by these factors, and so is its capacity to protect Québec’s differences, not only in terms of culture and identity but also in the fields of economic and social policy.

This explains why Québec has always adopted an ambiguous attitude toward the Canadian Constitution, asking for special status but also trying to take advantage of the pragmatic functioning and weak institutionalization of executive federalism. Maybe it is the only way Québec can take advantage of a type of federalism in which political actors have a very important role to play. But please, do not call the results of this strategy autonomy. Québec’s constitutional ambiguity has often been matched by cooperative effort elsewhere in the federation, but it is a cooperative effort in which Québec will be more and more in a minority position.

I believe that it is worth undertaking more research on the impact of decentralization on Québec’s capacity for autonomous policy making. At the very least, undertaking such research might illuminate the significant differences between an autonomous province (even if this province is called an “autonomous state” as Mario Dumont suggests) and a sovereign country.

Notes

- * Directeur général, Institut du Nouveau Monde.
- 1 These comments were first presented 9 March 2007 at a workshop entitled “Common Ground? Renewing the Federal Partnership in Quebec and the West,” Simon Fraser University, Vancouver,

- B.C.
- 2 At the time of the workshop, a general election campaign was underway in Québec. The Action démocratique du Québec became the Official Opposition in the National Assembly on 26 March, just behind the Liberal minority government led by Mr. Jean Charest in popular vote. The Parti Québécois, which promised a third referendum on sovereignty as soon as possible, was third, showing the worse performance of its history.
 - 3 “Au Québec, on passe à l’action,” online: Action démocratique du Québec <http://www.adq.qc.ca/fileadmin/General/adq_fichiers_pdf/adq_program_e.pdf>.
 - 4 *Reference re Secession of Quebec*, 1998 CanLII 793 (S.C.C.).
 - 5 “The Scope and Limits of Asymmetry in Recent Social Policy Agreements” *Asymmetric Working Papers* (2005), online: The Institute of Intergovernmental Relations <<http://www.queensu.ca/iigr/working/archive/Asymmetric/papers/10.pdf>>.
 - 6 Pierre O’Neill, “Sondage CROP-Radio-Canada: Le mur de l’incompréhension demeure impénétrable” *Le Devoir* (26 March 1996) A1.
 - 7 “Comparaison des relations intergouvernementales au sein de quelques fédérations,” *L’État québécois en perspectives, Observatoire de l’administration publique* (Québec, Winter 2007), online: École nationale d’administration publique <<http://netedit.enap.ca/etatquebecois/docs/pp/intergouvernemental/a-pp-intergouv.pdf>>.
 - 8 R.S.C. 1985, c. C-6.
 - 9 Janice MacKinnon, “Is Equalization Broken? Can Equalization be Fixed?” (Fiscal Federalism and the Future of Canada, delivered at the Institute of Intergovernmental Relations, Queen’s University, 28-29 September 2006), online: Institute for Intergovernmental Relations <<http://www.queensu.ca/iigr/working/fiscalIImb/MacKinnon.pdf>>.
 - 10 Stuart Landon & Bradford G. Reid, “The Impact of the Centralization of Revenues and Expenditures on Growth Regional inequality and Inequality” *2005 Working Papers* (2005) online: The Institute of Intergovernmental Relations <<http://www.queensu.ca/iigr/working/archive/pubwork2005/05landon.pdf>>.

A Democratic Defence of the Court Challenges Program

Larissa Kloegman*

The introduction of the *Charter of Rights and Freedoms*¹ has provided many historically disadvantaged groups with an opportunity to have their rights acknowledged in the policy process. Indeed the *Charter* places a legal obligation upon governments to ensure their legislative efforts respect the rights of historically disadvantaged groups. Some claim, however, that the *Charter* has produced activist judges who create rights for “special” interest groups rather than defer to Parliament. Others suggest Canada’s parliamentary system is not, on its own, favourable to all Canadians, and many groups and individuals are forced to the courts to make their interests and concerns known to government policy makers and legislators. The Court Challenges Program (CCP) was at the centre of this debate. This modest, federally funded initiative contributed to the protection and promotion of Canada’s official language minority groups (OLMGs) for almost thirty years, and provided assistance to groups seeking to assert their section 15 *Charter* rights for almost twenty. The Court Challenges Program served as a last resort for many of Canada’s most disadvantaged groups, but the Harper government recently took the position that the CCP was one of several “wasteful programs” not “providing good value for money.”² Funding for the program was eliminated in 2006, silencing many of Canada’s most vulnerable groups.

After a brief look at the history and importance of the Court Challenges Program, this article offers an explanation for its cancellation and a fresh perspective on why it is important to reinstate it. In essence, the Conservative government appears to have adopted the analytical

lens of Ted Morton & Rainer Knopff’s “*Charter* revolution” theory to judge the merits of the program.³ Considered in this light, it should not be surprising that the CCP was deemed a nuisance and eliminated. Unfortunately for many groups including OLMGs in Alberta, this means that it is now more difficult for members of disadvantaged groups to hold governments to account for failing to respect their *Charter* rights in the policy process.

Although a centralization of political power in Canada has been occurring for decades, the current government is the most extreme expression of its concentration in the Prime Minister’s Office (PMO). As a result, traditional access points to government are diminishing ever more rapidly, forcing Canadians to use the courts in a last attempt to contribute to policy and legislation. Unfortunately, as litigation is both timely and expensive, only the richest in society can afford to utilize this final resort without a litigation-support program such as the CCP. Indeed, without the program, Canada’s most vulnerable groups will continue to be left out in the cold.

What is the Court Challenges Program?

The Court Challenges Program was created in 1978 by the federal government under Pierre Trudeau to assist language minorities (Francophones living outside Quebec and Anglophones living inside Quebec) wishing to challenge provincial legislation that might violate the *Constitution Act, 1867*⁴ or the *Manitoba Act, 1870*.⁵

When section 15 of the *Charter* came into

effect in 1985, many organizations lobbied the Mulroney government for a program similar to that of the CCP. Rather than create a new program, Minister of Justice John Crosbie expanded the mandate of the Court Challenges Program to include support for litigation efforts under sections 15 and 28⁶ of the *Charter*.⁷ Crosbie contracted the Canadian Council on Social Development (CCSD) to administer the program and granted it \$9 million over five years.⁸ The program was renewed in 1990 with a five-year budget of \$12 million. Nevertheless, the Mulroney government eliminated the funding for the CCP in 1992. Public outcry caused the cancellation of the CCP to become a major issue and promises of its reinstatement surfaced in the campaigns of both the Liberal and Progressive Conservative parties in the following federal election.

In 1994, the federal government resuscitated the Court Challenges Program of Canada, this time as a nonprofit corporation with a three-year contract worth an annual \$2.75 million. Since then, the program's funding has been twice renewed, most recently in 2004 when the CCP was guaranteed an annual budget of \$2.85 million through 2009. In spite of the most recent agreement, on 25 September 2006 funding for the Court Challenges Program was eliminated.⁹

Response to the Decision to Eliminate the Program

As with the first cancellation, public response was swift. Soon after the September 2006 announcement, the Standing Committee on Canadian Heritage heard from twenty-two witnesses, eighteen of whom supported the reinstatement of the funding for the program.¹⁰ The committee tabled a report in February 2007 recommending continued funding for the CCP. In addition, Canada's Official Languages Commissioner, Graham Fraser, received 117 complaints between October 2006 and April 2007,¹¹ upon receipt of which he requested a moratorium on the cancellation. His request was denied. In his annual report tabled May 2007, the Commissioner openly criticized the Conservative government for cancelling the Court

Challenges Program, reminding the committee that it is "well known for having helped numerous individuals and groups pursue their rights in provincial and federal courts."¹² When the Commissioner appeared before a Senate committee in June 2007, he stated: "the elimination of the Court Challenges Program in particular delivered a serious blow to Canadians' ability to defend their language rights."¹³

Some have speculated that the cancellation of the program was an ideological decision, perhaps connected to the opposition of core supporters of the Harper government to same-sex marriage rights. "In some critical way," Professor Margot Young claims, "cancellation of this program is payback for the role it played in the successful legal struggle over same-sex marriage. One has only to look at a few of the websites or newsletters of groups on the religious right to see the linkage made between the attainment of same-sex marriage and the Court Challenges Program."¹⁴

Others applauded the decision to cancel the program, suggesting that if the cause is significant enough, a group should be able to obtain its own funding to go to court rather than receive government assistance. Gwendolyn Landolt, national vice-president of REAL Women of Canada,¹⁵ claims: "If you have the support of the public, you can go to court, as we've done... simply because we've asked our members for the money and they've produced it... Why can't other groups do it?"¹⁶ Executive director of the Alberta-based Canadian Constitution Foundation¹⁷ and critic of the CCP, John Carpay, adds to this sentiment: "I trust in the wisdom of Canadians and I trust in the compassion of Canadians to contribute to worthwhile court cases. Canadians know justice when they see it. What the Court Challenges Program is — or hopefully was — is an affront, a statement of disbelief and distrust in the wisdom and compassion of Canadians to give voluntarily to a just cause."¹⁸

The views of Ms. Landolt and Mr. Carpay may be defensible, but they are also easily refuted. Some disadvantaged groups simply do not have access to the funding needed to proceed to litigation when all other avenues of political influence have failed (these avenues will

be discussed shortly). For example, it is unlikely that the members of the National Anti-Poverty Organization (NAPO) would be able to raise enough money to cover court costs from their members, let alone the cost of a solicitor.

One must also be careful in drawing a conclusion about the importance of a particular issue on the basis of the amount of financial support drawn from its community of supporters. This is a problematic assumption. To illustrate, while the situation in Vancouver's Downtown Eastside is a growing concern for all Canadians, local housing and poverty action groups do not attract substantial amounts of revenue from the public. Though the reasons for this are too varied and complex to discuss here, one certainly ought not assume that the shoestring budgets of these organizations are an indication that the public does not care about the plight of poor Canadians. It simply underlines the reality that not all groups and individuals are in a position to gather the funding needed to question government action or inaction.

Why is the Court Challenges Program So Important?

In essence, the failure of Canada's governments to provide the public with adequate opportunity to contribute to policy making and legislation has provided an important rationale for the Court Challenges Program as an alternative for groups and individuals seeking equal opportunity to influence decision makers and legislators. A brief examination of the efforts of Alberta's French-language official language minority groups and of provincial resistance to the public use of French, will help to clarify the importance of the program.

Francophones in Alberta

The 2001 census shows the majority of Canada's OLMGs live in Quebec, followed by Ontario, New Brunswick, and, perhaps surprising to some, Alberta.¹⁹ Indeed Franco-Albertans have been quietly contributing to the cultural landscape of the province for well over a century.

Edmund Aunger notes that Alberta has

an "extensive body of language law buried in a century of statutory and regulatory provisions."²⁰ While laws to protect the use of the French language in Alberta's public institutions do exist, the provincial government introduced legislative measures to promote English as the exclusive public language of the province. Nevertheless, these efforts did not prevent Franco-Albertans from reminding the English-speaking majority in Alberta of their presence and their rights. An instructive example of the difficulty disadvantaged groups face in having their rights protected by the majority is the effort of an opposition member of Alberta's legislature to speak French in the Assembly in 1987. Known as "L'affaire Piquette," the Speaker refused to allow the member to use French in the legislature during question period, reinvigorating attention to the state of Canada's "other" official language in Alberta. Less than a year later, the Supreme Court of Canada ruled that official bilingualism, provided for in section 110 of the *Northwest Territories Act*,²¹ applied to the Legislative Assembly of Alberta, thus protecting the use of *both* French and English in the legislature and the courts. Further, the government was obliged to publish its statutes in both official languages.

Alberta's response to the Supreme Court's ruling was to enact the *Languages Act 1988*²² which states: "All Acts, Ordinances and regulations enacted before July 6, 1988 are declared valid notwithstanding that they were enacted, printed and published in English only."²³ The *Act* essentially removes the government's obligation to have bills and legislative Standing Orders, records, and journals printed in French, but it still permits the use of French in oral communication in both the legislature and the courts.²⁴ Enactment of the *Languages Act* exemplifies the unwillingness of the Alberta government to promote French in the province; thus, the survival of minority Francophone communities in Alberta, for example, may seem dependent on alternative means of redressing the government's lack of commitment to its legal obligations to its French-speakers.

The very cultural survival of many OLMG communities is dependent on the legislative cooperation of a province. As some provinces

have been less than willing to support the needs and rights of these members of the electorate, many communities relied on the Court Challenges Program to help them challenge provincial legislation which they believe violates their right to live and prosper in the official language of their choice.

Supplementing Public Access to the Policy Process

Guy Matte, the most recent president of the Court Challenges Program notes: “[a] democratic system involves majority rule. We understand that, but defending minority rights is the reason why there has to be a charter to protect those rights from the whims of the majority. It’s important to uphold these principles in Canada.”²⁵ In essence, the rights of all Canadians must be recognized to ensure legislation does not discriminate against disadvantaged groups. At the root of this discussion, then, is the importance of ensuring all citizens have sufficient opportunity to influence the policy process.

This concern with equitable influence over the policy process has indeed led Canadians to question the adequacy of our voting system, in addition to the adequacy of other features of our political framework. For example, the ability of citizens to influence policy making and legislation is clearly limited by Canada’s “first past the post” (FPTP) electoral system which, combined with multiparty competition, ensures that national political parties can form governments with less than 50 percent of the popular vote. To secure and maintain public support, governing parties tend to focus on issues which appeal to a majority of voters, thus facilitating the neglect of some members of society. This creates periphery groups whose concerns are less likely to be observed by a party seeking majority support.

Nevertheless, academics have identified the bureaucracy, Members of Parliament, and cabinet ministers as “access points” in Canada’s parliamentary system of government. Through these access points, it is suggested, all members of society are provided with an opportunity to advance their interests and concerns by contributing to the shaping of public policy and

legislation. However, over the last several decades Canada has developed an increasingly centralized form of governance, and the level of control sought by prime ministers has diminished these access points. As a result, Canadians are forced to assert their *Charter* rights through court challenges. Since litigation is both time-sensitive and expensive, only those with adequate resources are able to utilize the courts as a last resort.

The Bureaucracy

In his extensive research on pressure-group influence, Paul Pross has identified an ebb and flow to bureaucratic cooperation with interest groups.²⁶ The Trudeau era, reflecting the emergence of social movements during this time, “ushered in the age of public consultation with the slogan ‘come work with me.’”²⁷ By contrast, the Mulroney period was one in which public access to the bureaucracy was more limited. Alexandra Dobrowolsky notes that as Mulroney dramatically reduced the bureaucracy, civil service “insiders” — once sympathetic to furthering the goals of the women’s movement — began to fear retribution for talking with “special” interest groups.²⁸ As one member of the bureaucracy put it: “Mulroney ran the government with favouritism and retribution and if you weren’t a really big time supporter, then you were an enemy.”²⁹

While the concentration of power under Jean Chrétien has been well documented,³⁰ Prime Minister Harper has gone even further to restrict the openness of the bureaucracy. In May 2007, for instance, Jeffrey Monaghan, an Environment Canada employee, was handcuffed in his office by the RCMP and taken away for questioning in regards to the leak of a document outlining Conservative plans to abandon the Kyoto Accord.³¹ The concern raised by critics at the time was that the handcuffs were being used as a scare tactic to keep rest of the bureaucracy in line.

Members of Parliament

If a group is able to persuade a Member of Parliament to raise a particular issue, there are two formal opportunities to introduce it into

House of Commons proceedings: during question period or before parliamentary committee hearings. Since question period has become little more than a media spectacle, the larger part of any meaningful discussion in the House now takes place in parliamentary committee where strict party discipline does not always apply, and where the views of constituents can usually be expressed freely by MPs without interference or fear of repercussion. In 2002, when Stephen Harper was Leader of the Opposition, he co-authored a letter to the editor of the *Globe and Mail* stating: "Standing committees of the House should not simply be extensions of the Prime Minister's Office, and members of Parliament should choose their committee chairs by secret ballot and their own agenda, free from the Whip's direction."³²

Once in office, however, Harper indicated a change of mind regarding the importance of independent parliamentary committees to the policy process. For example, in May 2007, shortly after several meetings were shut down or corrupted by filibuster, a 200-page manual for Conservative committee chairs was leaked to Don Martin of the *National Post*, who revealed it to the public. Intended to guide the control of committees, the manual "details how to unleash chaos while chairing parliamentary committees."³³ Martin suggests that the manual "proves that the [committee] chairmen are under intense supervision from the powers above."³⁴ This view of the government was confirmed by Conservative House whip Jay Hill when he stated that committees "do not have the right to pick who the chair is . . . [T]he chair, by the rules, must be a government member and I'm not going to allow the opposition to determine who that is."³⁵

Cabinet Ministers

Ministers of the Crown, particularly those in cabinet, have traditionally been considered the most effective and direct access point to influence public policy. As close advisors to the prime minister increasingly influence the policy process, ministers exercise less and less control over policy outputs. "The Prime Minister's Office and the Privy Council Office, in particular," Donald Savoie notes, "keep a watchful eye on ministers

and departments. The centre of government, after all, now belongs to the prime minister, not to ministers."³⁶ Unfortunately, this means that public access to policy influence via contact with ministers is stifled in favour of more centralized control over the policy process.

Media

Prime ministers increasingly rely on the media and professionalized advice to provide instant answers and partisan-strategic information via polling, media-reported public opinion, and professional marketing advice. In April 2007, acting on Prime Minister Harper's claim that "the press gallery has taken the view that they are going to be the opposition to the government,"³⁷ the Conservative government unveiled a 17,000 square foot, state-of-the-art media "war room" to provide instant-response capability for a pending election. Indeed, the Conservative government rigorously controls its image and messaging. Prime Minister Harper's turbulent relationship with the media may explain why, in August 2007, the PMO ordered that reporters be evicted from a hotel in Charlottetown where the Conservative caucus was holding its annual retreat. This change from the "freewheeling meetings" of the Tories when in opposition, Jane Taber and Gloria Galloway of the *Globe and Mail* note, is limiting the public's ability to interact with MPs: "In an effort to control the message, keep discipline and ensure that caucus members are all on the same page, access to MPs is being carefully controlled and monitored."³⁸

While it is true that the media provides a quick response to government policies, the government's efforts to control media messaging nevertheless renders the democratic process of public input and consultation on government policy and legislation relatively impotent. As a result, groups and individuals are forced to use the courts to participate in government by challenging policy and legislation created with ever-diminishing public input. Since not all groups and individuals are similarly economically situated, groups and individuals have differing levels of access to the courts. Therefore, some members of society need assistance to access the courts as an alternative to traditional access

points to policy influence. The Court Challenges Program helped groups that would otherwise be unable to access the policy process. In this sense, the program supplemented Canada's brokerage-style party system by including peripheral interests into the policy process via litigation, when access points failed to do so.

If the Court Challenges Program Provides Assistance to Disadvantaged Canadians, Why is There So Much Opposition to It?

Controversy has always surrounded the Court Challenges Program. Concerns have been raised regarding the administration of the program, the distribution of funding, and the selection of groups to fund for litigation support. Concerns related to democracy, to questions of minority rights protection at the expense of the majority, to conflicting definitions of equality, and to the delineation of what constitutes a "clarification" of *Charter* rights, are among the significant concerns raised.

Yet one must wonder why the Court Challenges Program, in particular, was eliminated while federal funds remain intact for other programs designed to assist with court and procedural costs. Deep conservative opposition to the *Charter* in general, and to "special" interest groups and so-called judicial activism in particular, may be at the root of the program's latest cancellation.

The "Charter Revolution"

Before 1982, the Supreme Court of Canada engaged in judicial review of the Constitution mainly to settle disputes over the division of powers. In Ted Morton & Rainer Knopff's view, the introduction of the *Charter* facilitated a more activist Court, which has had a direct effect on the ability of Parliament to fulfill its obligations to the electorate. This so-called "*Charter* revolution," the argument goes, is supported by "special" interest groups which legitimize and encourage a political role for the courts. This in turn, effectively undermines the supremacy of Parliament, and as a result the wishes and needs

of the majority are ignored if not undermined.³⁹ As Morton & Knopff put the point, since 1982 "judges have abandoned the [parliamentary] deference and self-restraint that characterized their pre-*Charter* jurisprudence and become more active in the political process."⁴⁰

In his book *Friends of the Court: the Privileging of Interest Group Litigants in Canada*, Ian Brodie, one of the most vocal opponents of the Court Challenges Program and a former student of Morton's, contends that activist courts have been able to silence criticism by allying themselves with rights-seeking groups — including gay rights activists, feminists, and sympathetic lawyers and professors — which assist the courts in interpreting constitutional law, and use the *Charter* to create progressive policy. "The Supreme Court," Brodie claims, "is well on the road to establishing itself as a legislative, rather than a judicial, institution."⁴¹

From Brodie's perspective, the Court Challenges Program supports this process. "The federal government tried to encourage interest group litigation through the CCP," Brodie claims, "and there are good reasons to think that it was successful."⁴² He suggests that through outreach programs and litigation efforts, the program prompted many groups to utilize the courts to achieve their policy objectives. In so doing, the courts and their "friends" have taken over the role of legislators. Brodie observes: "The new judicial involvement in the policy process is sometimes a result of the state working through interest groups. The Court Challenges Program represents the embedded state at war with itself in court."⁴³ It is indeed worth noting that in February 2006, seven months before the elimination of the Court Challenges Program, Ian Brodie was appointed Prime Minister Harper's Chief of Staff.

Quelling the Revolution: Prime Minister Harper and the Anti-Court Party

William Christian states: "Harper genuinely believes the sovereignty of Parliament has been eroded and that it is undesirable that an unelected court of nine men and women should have the final say over many fundamental aspects of Canadian life."⁴⁴ If this is an accurate

portrait of Harper's views of the judiciary, then the Conservative government's cancellation of the Court Challenges Program can be interpreted as an effort to stem government-supported litigation by "special" interest groups or "liberal" movements (such as the feminist or gay rights movement) that encourages the "activism" of the judiciary and the undermining of parliamentary supremacy. In this context, it should not be surprising that after cutting the program, the next step for Conservatives might perhaps be to focus efforts on the judicial interpreters of the Constitution.

Tasha Kheiriddin & Adam Daifallah argue that "Canadian conservatives need to demand real reform of the judicial appointments process,"²⁴⁵ and have advised them to heed the advice of the Vice-President of the National Citizens Coalition who has said that conservatives must "create a climate where there are more conservative voters, to elect more conservative politicians, and thus appoint more conservative judges. They must also produce more conservative lawyers who become those judges."²⁴⁶ Prime Minister Harper has not kept his animosity towards the courts a secret, nor has he been shy about his intentions to stack the courts with judges who will reflect his own conservative views and agenda. By muffling the judicial component of the *Charter* revolution, Prime Minister Harper has taken steps — such as changing the configuration of federal Judicial Advisory Committees — to consolidate an ideologically conservative direction in the courts. He has begun to disenfranchise supporters of the *Charter*, and since it is virtually impossible to throw out the entrenched law of the Constitution, Harper will instead likely systematically unravel the efforts of *Charter*-supporters and their attempts to promote justice for *all* Canadians.

Conclusion

The litigation undertaken with the support of the Court Challenges Program illustrates that public input into policy making and legislation can be pursued in conjunction with representative democracy as it functions in a parliamentary system. The program supplements Canada's democratic process by recognizing and advanc-

ing the rights of disadvantaged groups and individuals on the periphery of Canadian society.

The lens of the *Charter* revolution theory brings clarity to opposition to the program. Moreover, the removal of the financial support many "special" interest groups need to make use of what is perhaps the most effective tool available to achieve respect for minority rights — the courts — is further evidence of the tendency for power to be concentrated in the prime minister's office. As noted by Jeffery Simpson, Prime Minister Harper "centralizes everything through his office, giving ministers almost no margin for manoeuvre or initiative, tightly scripting every public event, controlling all messages to the public, running foreign policy by himself, and earning the reputation of a decisive but distant sun king of a leader."²⁴⁷ Ironically, Harper's centralizing tactics will continue to diminish traditional access points for public input in the policy process, exacerbating the need for disadvantaged groups to use the courts in a last attempt to contribute to policy and legislation.

While some have speculated that the elimination of the Court Challenges Program was linked to the issue of same-sex marriage, the Harper government's decision hurt many other groups as well. Members of Canada's multicultural society, persons with a disability, and OLMGs, to name a few, will also be less able to ensure public policy respects their rights as a result of the elimination of the program. As demonstrated in Alberta, for example, although there are constitutional guarantees for minority language protection, OLMGs cannot benefit from those protections without the cooperation of provincial governments willing to fully recognize them. When provinces fail to acknowledge minority language rights, the Court Challenges Program helped members of disadvantaged minority language groups hold provincial governments to constitutional guarantees which ensure they can live and prosper in the official language of their choice.

Though a concentration of power in the centre of government has been evolving over decades, the current government is the most extreme expression of its concentration in the PMO. As a result, most traditional public access

points to the policy process have become ineffective. The increased use of a professionalized class of advisors has led to the exclusion of any “outside” input — including that of the prime minister’s own cabinet not to mention MPs in the Conservative caucus — into the policy process. This development has forced many groups and individuals to rely on the courts as a last resort to influence public policy and ensure that their rights are protected. In this context, and not surprisingly, the Court Challenges Program was regarded as the proverbial thorn in the side of an increasingly centralized government not open to influence or criticism from the public. Unfortunately, as the program gave a voice to those who would otherwise have no opportunity to influence public policy, when the Harper government eliminated its funding, many of Canada’s most disadvantaged groups were silenced.

Notes

- * Larissa Kloegman, M.A., Department of Political Science, Dalhousie University, Halifax, Nova Scotia.
- 1 Part I of *The Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982 (U.K.)*, 1982, c. 11 [Charter].
 - 2 Treasury Board of Canada Secretariat, Press Release, “Canada’s New Government cuts wasteful programs, refocuses spending on priorities, achieves major debt reduction as promised” (25 September 2006), online: Department of Finance <http://www.tbs-sct.gc.ca/media/nrcp/2006/0925_e.asp>.
 - 3 See: F.L. Morton & Rainer Knopff, *The Charter Revolution and the Court Party* (Peterborough: Broadview Press, 2000).
 - 4 (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3, s. 91, reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 5.
 - 5 33 Vict., c. 3 (Can.).
 - 6 The program also included sections 2 and 27 when used in support of equality arguments under Section 15.
 - 7 It is important to note that when the program was expanded to include equality rights, challenges could only be made against federal legislation, rather than against both levels of government (as is permitted by language challenges). When asked about the discrepancy, Noel Badiou, executive director of the CCP said it was not clear, but was likely a political decision. Email correspondence [26 June 2007].

- 8 Ian Brodie, *Friends of the Court: The Privileging of Interest Group Litigants in Canada* (Albany: State University Press, 2002) at 109. When John Crosbie was questioned 20 years later (in 2005) about why a Conservative government would expand such a program, he replied: “It was political correctness. If we had discontinued the program we would have received very bad publicity. It would have led to the Liberal Party and opposition parties attacking on those grounds, saying we were not interested in human rights, and the institutions like *The Globe and Mail*, reinforcing our image as not being ‘with it’ on social issues. Because of that, I thought it was not worth it to quash the CCP when it was just beginning, in addition to which the *Charter* was new and needed to be tested to see what it really meant. But that time is long past.” See Tasha Kheiriddin & Adam Daifallah, *Rescuing Canada’s Right: Blueprint for a Conservative Revolution* (Mississauga: John Wiley & Sons Canada Ltd., 2005) at 104.
- 9 *Supra* note 2.
- 10 House of Commons, Standing Committee on Canadian Heritage, *Evidence*, No. 027 (6 December, 2006), online: <<http://cmte.parl.gc.ca/content/hoc/committee/391/chpc/evidence/ev2579520/chpcev27-e.pdf>>; House of Commons, Standing Committee on Canadian Heritage, *Evidence*, No. 028 (11 December, 2006), online: <<http://cmte.parl.gc.ca/content/hoc/committee/391/chpc/evidence/ev2600142/chpcev28-e.pdf>>; House of Commons, Standing Committee on Canadian Heritage, *Evidence*, No. 029 (13 December 2006), online: <<http://cmte.parl.gc.ca/content/hoc/committee/391/chpc/evidence/ev2608871/chpcev29-e.pdf>>; House of Commons, Standing Committee on Canadian Heritage, *Evidence*, No. 031 (1 February 2007), online: <<http://cmte.parl.gc.ca/content/hoc/committee/391/chpc/evidence/ev2654968/chpcev31-e.pdf>>.
- 11 Bill Curry, “Legal aid decision provokes backlash” *The Globe and Mail* (9 May 2007).
- 12 Commissioner of Official Languages, *Annual Report* (Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2007) at 6.
- 13 Senate, Standing Senate Committee on Official Languages, *Proceedings*, No. 16 (4 June 2007), online: <<http://www.parl.gc.ca/39/1/parlbus/commbus/senate/com-e/offi-e/pdf/16issue.pdf>>.
- 14 Margot Young, “Justice on the block: Cutting federal money for the Court Challenges Program hardest on those most in need of their constitutional rights” *Vancouver Sun* (12 October 2006).
- 15 REAL Women of Canada is an anti-feminist,

- non-partisan, non-denominational organization of independent women. Its mandate is “Women’s Rights but not at the expense of human rights.” See: <<http://www.realwomenca.com>>.
- 16 Standing Committee on Canadian Heritage, *Evidence*, No. 028 (11 December 2007), *supra* note 10 at 15.
- 17 The Canadian Constitution Foundation is a “registered charity, independent and non-partisan, with a unique charter which allows it to fund appropriate litigation.” See: <<http://www.canadianconstitutionfoundation.ca>>.
- 18 *Supra* note 16 at 15.
- 19 Achieved by taking the total OLMG population in the province as a percentage of the total OLMG population in Canada. Quebec accounted for 37.1 percent, while Ontario was 32.4 percent, New Brunswick 15.7 percent, followed by Alberta at 3.9 percent of the total OLMG population in Canada, and 9.2 percent of the entire population of the province. Statistics Canada, *2001 Census of Population: Population by Mother Tongue, by Province and Territory*, E-STAT ed. (Ottawa: Statistics Canada, 2001), online: <<http://estat.statcan.ca/>>.
- 20 Edmund A. Aunger, “Legislating Language Use in Alberta: A Century of Incidental Provisions for a Fundamental Matter” (2004) 42 *Alberta Law Rev.* 463 at 497.
- 21 *Northwest Territories Act*, R.S.C. 1985, c. N-27.
- 22 *Languages Act*, R.S.A. 2000, c. L-6.
- 23 *Ibid.*
- 24 Kenneth Munro, “French Language and Educational Rights in Alberta: An Historical Perspective” in David Scheiderman, ed., *Language and the State: The Law and Politics of Identity* (Edmonton: Centre for Constitutional Studies, 1989) at 252.
- 25 Standing Committee on Canadian Heritage, *Evidence*, No. 031 (1 February 2007), *supra* note 10 at 1.
- 26 Paul Pross, *Group Politics and Public Policy*, 2nd ed. (Toronto: Oxford University Press, 1992) at 48. Pross has traced the history of the bureaucracy, and consequently, the development and progression of the pressure group as well. While he does not presume that pressure groups had influence on the organization of the bureaucracy, he does contend that the state of the bureaucracy has a direct influence on the organization and effectiveness of pressure groups.
- 27 Paul Pross, “An Unruly Messenger: Interest Groups and Bureaucracy in Canadian Democracy” (Paper presented to the Annual Meeting of the Institute of Public Administration of Canada, August 2006) [unpublished] at 6.
- 28 “Special” interest groups are considered by conservatives to be on the ideological left.
- 29 Alexandra Dobrowolsky “Of Special Interest: Interest, Identity, and Feminist Constitutional Activism in Canada” (1998) 31:4 *Canadian J. of Political Science* 707 at 732.
- 30 Donald Savoie, *Governing from the Centre: The Concentration of Power in Canadian Politics* (Toronto: University of Toronto Press, 1999); Jeffrey Simpson, *The Friendly Dictatorship* (Toronto: McClelland & Stewart Ltd., 2001).
- 31 “Leak plugged? Federal worker arrested for allegedly leaking environment docs” *Canadian Press* (9 May 2007), online: Edmonton Sun <<http://www.edmontonsun.com/news/canada/2007/05/09/4166826.html>>.
- 32 Bill Curry and Chuck Strahl, “Harper changes tune on appointments” *The Globe and Mail* (18 April 2006).
- 33 Don Martin, “Don Martin: Tories have book on political wrangling” *The National Post* (17 May 2007).
- 34 *Ibid.*
- 35 Murray Brewster, “Partisan political spat shuts down official languages committee” *CBC News Online* (15 May 2007).
- 36 Donald Savoie, “The Rise of Court Government in Canada” (1999) 32:4 *Canadian J. of Political Science* 635 at 643.
- 37 Alexander Panetta, “Harper says he’ll avoid national media because they’re biased against him” *Canadian Press* (24 May 2006).
- 38 Jane Taber and Gloria Galloway, “Journalists booted from Tory retreat” *Globe and Mail* (2 August 2007), online: *The Globe and Mail* <<http://www.theglobeandmail.com/servlet/story/rtgam.20070802.wtories02/bnstory/national/home>>.
- 39 *Supra* note 3.
- 40 *Ibid.* at 14.
- 41 *Supra* note 8 at 124.
- 42 Ian Brodie, “Interest Group Litigation and the Embedded State: Canada’s Court Challenges Program” (2001) 34:2 *Canadian J. of Political Science* 357 at 371.
- 43 *Supra* note 8 at 122.
- 44 William Christian, “Court-challenge staff had to know the axe would fall” *Kitchener-Waterloo Record* (30 September 2006).
- 45 Kheiriddin & Daifallah, *supra* note 8 at 114.
- 46 *Ibid.*
- 47 Jeffery Simpson, “Canada goes greener: Farewell Kandahar, hello Kyoto” *The Economist* (December 2007) 47.

A Level Playing Field for Classical Liberalism: the Abolition of the Court Challenges Program Empowers a Diversity of Perspectives on Freedom and Equality

John Carpay*

Introduction

In 1982, Canada abandoned its parliamentary democracy for an American model of constitutional democracy in which unelected, and hence unaccountable, judges exercise substantial legislative power. Before the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*¹ became the supreme law of the land, Canada's Parliament and provincial legislatures were essentially sovereign, limited only by the federal-provincial division of powers in sections 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*.² Activism and advocacy in the democratic political arena were the only ways to bring about policy change. But since 1982, Canadian judges — like their United States (U.S.) counterparts — play a very active role in shaping public policy on a wide range of issues, many of them complex and controversial.

Not surprisingly, this shift of power from legislatures to courts has resulted in the emergence of interest groups that use litigation to advance their public policy agendas. The first twenty-five years of *Charter* litigation were dominated by the Women's Legal and Education Action Fund (LEAF), Equality for Gays and Lesbians Ev-

erywhere (EGALE), and other recipients of tax dollars through the Court Challenges Program. The abolition of the Court Challenges Program has created a level playing field for all public interest litigants, including those with a classical liberal perspective on freedom and equality.

The U.S. Experience with Constitutional Democracy

Canada's experience with constitutional democracy is only twenty-five years old. This is why some people still argue that *Charter* decisions are matters of law, which have absolutely nothing to do with politics, and that a judge's personal beliefs and philosophy are irrelevant to judicial decision making.

These arguments are heard less frequently in the U.S., because Americans have lived with their constitutional democracy for over 200 years. They know that court decisions are inherently, necessarily, and unavoidably *political*, in the sense that judges often determine the substance of public policy. This was exemplified in the 1857 U.S. Supreme Court case *Dred Scott v. Sandford*,³ which held that persons of Afri-

can ancestry could never attain U.S. citizenship. Those who would think that judges are more enlightened than elected representatives should consider the words of Chief Justice Roger B. Taney, who described blacks as “beings of an inferior order, and altogether unfit to associate with the white race either in social or political relations, and so far inferior that they had no rights which the white man was bound to respect.”⁴ With *Dred Scott*, it should be noted, judges halted the progress politicians had been reaching through various agreements to stop the spread of slavery into new territories. With *Dred Scott*, the U.S. Supreme Court struck down the 1820 Missouri Compromise,⁵ a law enacted by Congress.

In recognition of the courts’ power to shape public policy, numerous legal foundations have arisen with various and competing philosophical views. The American Civil Liberties Union (ACLU) is one of the oldest, largest, and best known. In opposition to the ACLU, conservative and libertarian legal foundations also put their views before the courts. For example, the Institute for Justice (IJ) represents individuals in their fight for private property rights, economic liberty, freedom of speech, commercial freedom, racial equality, and the right of parents to raise their children free from state interference. IJ advances a libertarian philosophy with a “merry band of litigators”⁶ providing the best justice that money cannot buy.

Legal foundations in the U.S. fight public policy battles in the courtroom in a way similar to the way political parties debate public policy in the electoral arena of public opinion. For example, in *Zelman v. Simmons-Harris*,⁷ the ACLU and IJ clashed in court because an Ohio school voucher program offered parents a choice of public, private, or religious schools. The ACLU contended that this violated the First Amendment of the U.S. Constitution’s separation of church and state. IJ argued for wide parental choice, including religious and non-religious schools. In a 5:4 decision, the U.S. Supreme Court accepted IJ’s arguments and upheld the program as constitutionally valid.

The Relevance of Judges’ Philosophies

After more than 200 years of constitutional democracy, Americans have no qualms about describing their judges as liberal or conservative, or with other labels. In the U.S., it is self-evident that a judge’s political and philosophical beliefs are bound to influence his or her judicial decisions. A judge’s personal opinions about human nature, the appropriate role of government, and life’s ultimate meaning and purpose, are bound to influence his or her interpretation of constitutional law. A claim to decide cases “only according to law” sounds noble, whether made north or south of the border. However, it is judges who decide what law is, such that judges are creating the higher authority to which they claim to submit. Inevitably and unavoidably, judges decide cases within the context of their own beliefs, prejudices, and experiences. This is why U.S. Senate confirmation hearings in respect of judicial appointments are often politicized and acrimonious: judges do *not* merely decide cases “according to law.”

With time, Canadians will likely become less reluctant to analyze and categorize their judges. In this regard, the Canadian Constitution Foundation released *Judging the Judges* just prior to the twenty-fifth anniversary of the *Charter* in April 2007.⁸ This first-of-its-kind study analyzes Supreme Court of Canada decisions affecting citizens’ personal and economic liberty, and equality before the law. *Judging the Judges* reveals that Canadian judges, like their U.S. counterparts, manifest significant, predictable, and measurable difference in their approaches to constitutional law issues, which affect public policy.

For example, retired Justice John Major consistently adopted a wide and liberal interpretation of freedom of speech, freedom of religion, freedom of association, and other individual rights.⁹ In stark contrast, retired Justice Claire L’Heureux-Dubé consistently adopted a narrow and restrictive view of the fundamental freedoms set out in section 2 of the *Charter*, ruling in favour of the government, and its power over individuals’ lives.¹⁰

In *Harper v. Canada (Attorney General)*,¹¹ Justice Major rejected new amendments to the *Canada Elections Act*¹² giving political parties a virtual monopoly on political debate by restricting independent citizens' advocacy. In contrast, Justice L'Heureux-Dubé upheld these restrictions on freedom of speech (a constitutional right) for the sake of a vague theory of "electoral fairness," which is not found anywhere in the Constitution.¹³

In *Gosselin v. Quebec (Procureur général)*,¹⁴ Justice Major upheld a Quebec welfare regulation that reduced benefits for able-bodied adults under thirty, who refused to enter job training, community work, or school. Justice L'Heureux-Dubé would have prevented the government from encouraging people to get off welfare, and went so far as to assert a constitutional right to collect welfare as part of the *Charter* right to "security of the person."¹⁵

In *Trinity Western University v. College of Teachers (British Columbia)*,¹⁶ Justice L'Heureux-Dubé discredited a private Christian university's education program merely because the school's code of conduct condemned homosexual behaviour.¹⁷ Her narrow interpretation of religious freedom was made in the absence of any evidence that Trinity Western graduates, as teachers, had ever mistreated or disrespected students in schools. Justice Major adopted a more generous and liberal interpretation of religious freedom.

Competing Perspectives on Freedom and Equality

Judging the Judges shows that some justices tend towards a classical liberal conception of freedom and equality, while others tend to reject these ideas.

The classical liberal perspective on freedom and equality posits that people are first and foremost individual members of the human family, and that all individuals possess the same needs, wants, feelings, hopes, fears, and human nature. An individual's race or ethnicity, religion, creed, gender, and membership in other such identity groups is relevant, but secondary to a person's

primary identity as an individual. Therefore, from the classical liberal perspective, a person should be equal before the law *as an individual*, regardless of race or ethnicity, gender, religion, or membership in any other group. Further, if equality before the law "for individuals, as individuals" results in some groups in society doing better than other groups (*i.e.*, earning more money or achieving more success in certain professions), a classical liberal would say "so be it; that's where the chips fall, it is not the function of government, through law, to create substantive equality for various social, gender, or ethnic groups (*eg.*, women; Aboriginals)." Further, government's efforts to do this will inflict injustice because individuals will no longer be judged on the basis of merit, talent, and character. If government ceases to be an impartial referee by trying to help "disadvantaged" groups, the result will be resentment and social strife.

The classical liberal also posits that the individual should be free from government coercion and restraint. Government should be limited to core functions such as national defence, policing, the impartial administration of justice in criminal and civil courts, and other tasks that cannot be carried out effectively (or at all) by individuals acting alone or in association with others.

In the context of public interest litigation, the opposite of classical liberalism could be described as socialism, postmodernism, group identity politics, or perhaps simply "the left." This ideology emphasizes the individual's membership in one or more groups according to race or ethnicity, gender, religion, age, language, or other factors as being more important than the individual's common humanity. In this socialist or post-modernist vision, equality does not mean equality before the law for individuals *as individuals*, but rather *substantive equality* in society and in the economy *for groups* formed on the basis of gender, race, or other criteria. In designing and applying the law, government should be both the referee enforcing the rules, as well as a powerful player helping out whichever group is deemed "disadvantaged." Laws should be different, or should be applied differently for different people, depending on their race

or gender, or other factors, to create substantive equality for society's various groups. This vision of equality necessarily lends itself to support for larger, more active, and more powerful government, performing tasks well beyond the core functions to which classical liberals would limit government.

The *Charter* incorporates classical liberal values in the fundamental freedoms set out in section 2: the individual's freedom of religion, conscience, expression, peaceful assembly, and association. By contrast, sections 35 (Aboriginal and treaty rights) and 15 (equality rights, which courts have interpreted to mean substantive equality), are based on a vision that is radically different from classical liberalism. Courts have asserted that there is no conflict between rights, and no hierarchy of rights. But if this were true, why is there so much litigation in which religious freedom, asserted under section 2, clashes with homosexual rights asserted under Section 15?¹⁸

Funding Only One Perspective: The Court Challenges Program

During the 1980s and 1990s, the Court Challenges Program (CCP) gave millions of tax dollars to LEAF, EGALE, and other groups which advocate a perspective different from, and usually hostile to, the classical liberal perspective. For example, recipients of CCP funding have advocated:

- people being entitled to collect welfare regardless of income earned by a common law spouse residing in the same house (*Falkiner v. Ontario (Director of Income Maintenance, Ministry of Community and Social Services)*);¹⁹
- non-citizens acquiring the opportunity to avoid deportation by giving birth to children in Canada (*Francis (Litigation Guardian of) v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*);²⁰
- pregnant women having a right to continue harming their unborn children by sniffing glue (*Winnipeg Child and Family Services*

(*Northwest Area*) v. G. (D.F.);²¹

- spending more tax dollars on legal aid (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G.(J.)*);²² on treating autism (*Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*);²³ and on health services for non-citizens (*Irshad (Litigation Guardian of) v. Ontario (Ministry of Health)*);²⁴
- lowering physical fitness standards for fire-fighters to accommodate women (*British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.E.U.*);²⁵
- restricting freedom of political speech in the name of "equality" and "Canadian values" (*Reference Re Kane*);²⁶
- extending Employment Insurance benefits to people having worked less than 700 hours in the preceding one-year qualifying period (*Canada (Attorney General) v. Lesiuk*);²⁷
- government prohibition of prayer and peaceful protest near abortion clinics (*R. v. Demers*);²⁸
- the view that legally owned guns play a significant role in perpetrating violence against women and children (*Reference Re: Firearms Act (Canada)*);²⁹
- reference to "spouse" referring to a member of the same sex (*M. v. H.*);³⁰
- prisoners convicted of serious crimes having the right to vote (*Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*);³¹
- receipt of welfare payments as a constitutional right (*Gosselin*);³²
- *Canada Elections Act* restrictions on independent citizens' advocacy as constitutionally valid limits on freedom of expression and freedom of association (*Harper*);³³
- criminalizing parental spanking of children (*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*);³⁴

- reduced sentences for conviction for importation of large quantities of cocaine into Canada if the accused are black, single mothers (*R. v. Hamilton* and *R. v. Spencer*);³⁵
- adding sexual orientation to human rights legislation as akin to race, gender, and religion (*Vriend v. Alberta*);³⁶
- an automatic right to appeal deportation hearings for foreign nationals with a criminal record, deemed to be a danger to the public (*Solis v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*);³⁷
- redefinition of marriage to include same-sex couples (*Egan v. Canada*).³⁸

The advocacy of these positions has been paid for by all Canadians — including those who disagree with this advocacy — through their tax dollars. The CCP funded only those groups which agreed with its conception of freedom and equality, while refusing to fund those who disagreed with the CCP's ideology.

The notion that recipients of CCP funding deserve taxpayer support because they suffer “systemic barriers” not encountered by non-recipients is flawed in three respects.

First, litigation is unaffordable for all but a very small fraction of Canadians. In other words, 99 percent of Canadians, regardless of their ideological perspective, are equally disadvantaged in being unable to afford constitutional litigation on their own. When it comes to paying for litigation out of one's own pocket, a person earning \$100,000 per year is as incapable of doing so as a person earning \$8,000 per year. Almost all Canadians, regardless of their opinions, philosophy, or level of income, are required to pool resources or to seek other forms of assistance in asserting their constitutional rights.

Second, the assumption that ideological perspectives consistently and reliably correlate with wealth has no empirical basis. In respect of the positions listed above that were advocated by CCP recipients, it is naïve to assume that all supporters of these positions are poor,

and that all of the opponents of these positions are wealthy. On a case-by-case basis, supporters and detractors of the policy positions set out above vary widely across income brackets.

Third, even if wealthy Canadians were uniformly opposed to the opinions of LEAF, EGALE, and other CCP favourites, constitutional litigation need not depend on a handful of large donations from wealthy individuals. Litigation can be financed through numerous smaller donations, and in fact this has been done by Canadians whose views do not conform to the CCP's perspective on freedom and equality.

Clients of the Canadian Constitution Foundation, for example, whose stories are described in detail below, are not Canadians of means. James Robinson is a carpenter, Lindsay McCreith a retired body shop owner, Shona Holmes a family mediator, Richard Nomura a fisherman, and Doug Gould runs a small business. None of these individuals could have paid, or would be able to pay, for constitutional litigation out of his or her own pocket.

The Success of CCP-funded Litigants

In *The Charter Revolution and the Court Party*,³⁹ University of Calgary professors F.L. (Ted) Morton & Rainer Knopff argue that *Charter* litigation which influences public policy has been dominated by taxpayer-funded left-wing groups like LEAF. Ian Brodie, a professor at the University of Western Ontario, notes that the most frequent interveners in *Charter* cases were recipients of tax dollars through the Secretary of State, the Court Challenges Program, or both.⁴⁰

The dominance of the left in *Charter* litigation was confirmed more recently by Toronto lawyer Avril Allen, in her study “An Analysis of Interest Group Litigation in Canada.”⁴¹ Ms. Allen categorizes interest groups as belonging to the social left (LEAF and EGALE), the economic left (Charter Committee on Poverty Issues), the social right (REAL Women and Focus on the Family) and the economic right (Canadian Taxpayers Federation and National Citizens

Coalition). Ms. Allen's review of 109 reported cases shows that the social left enjoyed a success rate of 67 percent, "success" here defined as having supported, or intervened in support of, the winning litigant. The economic left was much less successful, supporting the winning litigant 33 percent of the time. The economic right was successful 50 percent of the time. The social right enjoyed success only 22 percent of the time.

When relevant litigation is categorized as "offensive" (challenging legislation which is undesirable from the group's perspective) or "defensive" (supporting legislation which the group views as desirable), a similar pattern emerges. The social left enjoyed twenty-two policy gains through success in offensive litigation, and suffered only three policy losses in defensive litigation. The economic left enjoyed four policy gains through offensive litigation, but suffered two losses in defensive litigation. The economic right enjoyed four policy gains in offensive litigation, and did not suffer any defensive losses. The social right's success rate was abysmal, with ten policy losses in defensive litigation, and not a single policy gain in offensive litigation.

Although correlation is not the same as causation, it stands to reason that more money provides a group with greater capacity to engage in more advocacy. More staff can be hired for legal research and involvement in more court cases as a sponsor or intervener, and larger and more effective networks of like-minded lawyers, law professors, and other academics can be developed.

Whether true or not, the thesis that more funding leads to more courtroom success has many adherents among CCP supporters and detractors. Both supporters and detractors point to the courtroom success of LEAF and EGALE as the reason why CCP funding should (or should not) be restored.

At Last: A Level Playing Field

In a constitutional democracy, individuals and organizations have every right to use the courts to press for public-policy change. How-

ever, requiring people to pay for advocacy with which they disagree is fundamentally unfair. By way of illustration, one might ask how LEAF supporters would feel if their tax dollars were used to support court challenges to advance the right to life of unborn children? Or how members of the Canadian Labour Congress — a recipient of tax dollars through the CCP — would feel if their tax dollars paid for court advocacy against compulsory union membership? How would EGALE supporters feel about their tax dollars supporting litigation defending the traditional definition of marriage? These are questions which CCP supporters should ask themselves when they advocate for the program's return.

Equality demands that governments refrain from spending tax dollars to favour one side of a controversial issue, especially when there are *several* sides which should be heard, and not merely two.

There are Canadians in all income brackets who agree with the CCP's ideology, and Canadians in all income brackets who oppose it. The abolition of the CCP has created a level playing field for public interest litigants holding a wide variety of views. Canadians who oppose the agenda of LEAF, EGALE, and other CCP favourites, are no longer at a disadvantage since all groups now have an equal responsibility to raise funds from those who agree with their philosophies.

Holding Governments Accountable to the Constitution

The Canadian Constitution Foundation defends and promotes the constitutional freedoms of Canadians through education and public interest litigation. Since 2005, the foundation has centered its education and litigation efforts on individual freedom, economic liberty, and equality before the law. The foundation's clients are Canadians of modest means who, like their fellow countrymen, are unable to pay for asserting their constitutional rights in court.

The foundation's first client, Sga'Nisim Sim'Augit or James Robinson, holder of the he-

editary title of Chief Mountain of the Nisga'a people in northwestern British Columbia (B.C.), applied for funding from the Court Challenges Program to pursue his equality rights, but was denied. Nevertheless, he has succeeded in launching a constitutional challenge to the Nisga'a agreement on self-government on the basis that it violates Canada's Constitution and his equality rights. Chief Mountain opposes the Nisga'a Final Agreement because it creates an ethnically-based "third order" of government in which only Nisga'a citizens have the right to vote. This new layer of Aboriginal government has the power to pass laws which contradict — and prevail over — federal and provincial laws.

Before the Nisga'a Final Agreement⁴² came into force in 2000, retired Supreme Court of Canada Justice Willard Estey testified before the Standing Senate Standing Committee on Aboriginal Peoples that the Nisga'a Final Agreement violates Canada's constitution.⁴³ Retired Supreme Court of Canada Justice William McIntyre and retired B.C. Court of Appeal Justice Michael Goldie concurred with Justice Estey's written brief, which states that sections 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*⁴⁴ exhaustively allocate all legislative power to Canada's federal and provincial governments, leaving no room for a "third order" or "third level" of Aboriginal government that is unaccountable to Canada's federal and provincial governments. Alex Macdonald, former B.C. NDP attorney general, also testified before the Senate Committee that the Nisga'a Final Agreement creates a semi-independent country in northwestern British Columbia.

Without any help from the Court Challenges Program, Chief Mountain has fought the defendant governments' delay tactics for more than eight years. He continues to push his challenge towards trial, something that the federal, provincial, and Nisga'a governments seem keen to avoid.

No Taxation without Representation

In 2006 the Canadian Constitution Foundation took on its second court challenge, ap-

plying for intervener status before the Supreme Court of Canada in *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Department of Finance)*,⁴⁵ a constitutional case concerning illegal taxation. The case arose when pub owners challenged the constitutionality of New Brunswick's 11 percent user charge on alcoholic beverages, which was imposed in addition to provincial liquor tax, provincial sales tax, and the goods and services tax. The trial judge held that the 11 percent user charge was an indirect tax and therefore *ultra vires* provincial jurisdiction. On appeal, the only issue was whether governments are required to return illegally collected tax revenues to the taxpayers.

The governments of British Columbia, Alberta, and Manitoba intervened in support of New Brunswick's argument that governments should be entitled to keep the tax revenue to avoid "fiscal chaos" and "financial shock." In a unanimous decision rendered in January 2007, the Supreme Court of Canada adopted the arguments put forward by the Canadian Constitution Foundation, including the argument that "no taxation without representation" is a constitutional principle to which governments must adhere. The Court ordered the New Brunswick government to repay the money to the pub owners.

Access to a Waiting List is Not Access to Health Care

The foundation's third court case was launched in 2007, and concerns access to health care. Lindsay McCreith and Shona Holmes are suing the Ontario government for access to essential health care services, which became a constitutional rights matter with the 2005 Supreme Court of Canada decision *Chaoulli v. Quebec (Procureur Général)*.⁴⁶ "Access to a waiting list is not access to health care," stated Chief Justice Beverley McLachlin in *Chaoulli*, and the Court struck down Quebec's ban on private health insurance.⁴⁷

The Supreme Court was evenly split on the question of whether a ban on private health insurance violates the *Charter's* section 7 right to life, liberty, and security of the person. How-

ever, the majority was unequivocal in stating that a total ban on private health care is not required to maintain a sound public health care system. The experience of other countries — all of which allow various forms of private health care, with some having virtually no waiting lists — was referred to by the Court in *Chaoulli*.

Lindsay McCreith, a retired body shop owner from Newmarket, Ontario, suffered a seizure in January 2006, but was told he would have to wait more than four months for an MRI to determine whether or not the tumor in his brain was cancerous. Even after paying for an MRI in Buffalo, New York, which showed that the tumor needed to be removed, Mr. McCreith was still told to wait for months to see a specialist, followed by another wait for surgery. Mr. McCreith paid out-of-pocket for surgery in Buffalo to remove the tumor, which was indeed cancerous. Had he waited eight months for diagnosis and treatment in Ontario, he might be dead today.

Shona Holmes of Waterdown, Ontario, was told in 2005 that she would lose her vision if surgeons did not immediately remove a growing brain tumor. The tumor had already caused her to lose half of her vision in one eye, and one quarter in the other eye. Ontario's government-monopoly health care system would only promise Ms. Holmes a spot on a waiting list. Unwilling to risk permanent blindness, she obtained treatment at the Mayo Clinic in Arizona. Within ten days of the surgery, her vision was completely restored.

Rejecting Racial Segregation of the Workplace

In its fourth court intervention, the foundation represented the Japanese Canadian Fishermen's Association when it intervened before the Supreme Court of Canada in *R. v. Kapp*,⁴⁸ a constitutional challenge to a race-based commercial fishery, operated exclusively for the benefit of individuals with bloodline ties to the Musqueam and Tsawwassen Indian Bands. This separate commercial fishery for some Aboriginals was created by the federal government, in spite of the fact that Aboriginals have always

done very well in B.C.'s commercial fishery, and have never faced barriers or discrimination in that industry. In fact, between one third and one half of B.C.'s fishermen, license holders, and vessel owners are Aboriginal.

For Richard Nomura and other fishermen of Japanese ancestry, this race-based commercial fishery is especially painful, as their ancestors were subjected to anti-Oriental fisheries policies during the 1920s, when approximately one half of Japanese Canadian fishermen were forced out of the industry.

In the 1920s, a predecessor of the Japanese Canadian Fishermens Association successfully challenged the federal government's race-based policies in B.C.'s commercial fishery. In 1928, in *Reference Re Certain Sections of the Fisheries Act, 1914*,⁴⁹ the Supreme Court of Canada ruled that "any British subject residing in the province of British Columbia, who is not otherwise legally disqualified, has the right . . . to receive a license." Richard Nomura hopes that the Supreme Court will use *R. v. Kapp* to affirm its 1928 decision in support of racial equality.

Doug Gould's constitutional challenge to a race-based business licensing scheme imposed by Parks Canada was the foundation's fifth court challenge. Doug Gould was born and raised on the Queen Charlotte Islands, where he lives with his wife and their children. Doug Gould runs a tourism business taking visitors through the Gwaii Haanas National Park. Parks Canada requires applicants for business licenses to identify themselves as Haida Indian or as non-Haida. Parks Canada has imposed a limit of 22,000 user days on tour operators for conservation purposes, of which 11,000 are available only to the Haida. Non-Haida Canadians are limited to the other 11,000, and cannot expand their businesses, even if the quota for Haidas is not expended, as is now the case.

Mr. Gould objected to the government asking people to identify themselves by ancestry, ethnicity, race, or bloodline tie, and then using the answer as a criterion in the issuing of business licenses. Doug believes that each Canadian citizen — Aboriginal or otherwise — must be treated as a member of the same human fam-

ily. People should be free from government-imposed discrimination by reason of immutable personal considerations such as ethnicity and gender. In *Moresby Explorers Ltd. and Douglas Gould v. Attorney General of Canada*, the Federal Court of Appeal upheld this Parks Canada policy as not in violation of the Constitution. The case has profound implications across Canada because many trades, occupations, and livelihoods depend on government licenses.⁵⁰ In February 2008, the Supreme Court of Canada denied leave to appeal.

Conclusion: Equal Opportunity for All Litigants

The Canadian Constitution Foundation believes that our Constitution belongs to *all* Canadians, including James Robinson, Shona Holmes, Lindsay McCreith, Richard Nomura, Doug Gould, and New Brunswick pub owners. Although it is not easy for Canadians to assert their constitutional rights, it is possible for all Canadians to do so if they enlist the support of those who share a similar vision of freedom and equality.

Notes

- * BA, LL.B, Executive Director, Canadian Constitution Foundation.
- 1 Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11 [Charter].
 - 2 (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3, reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 5.
 - 3 60 U.S. (How.) 393 (1856) [*Dred Scott*].
 - 4 *Ibid.* at 407.
 - 5 *An Act to authorize the people of the Missouri territory to form a constitution and state government, and for the admission of such state into the Union on an equal footing with the original states, and to prohibit slavery in certain territories*, c. 22, 3 Stat. 545 (1820).
 - 6 John E. Kramer, "IJ's Merry Band of Litigators," online: Institute for Justice <http://www.ij.org/merry_band/index.html>.
 - 7 536 U.S. 639 (2002).
 - 8 Chris Schafer, *Judging the Judges: The Supreme Court of Canada's Record on Individual and Economic Freedom and Equality* (Canadian Constitutional Foundation, 2007), online: <[canadianconstitutionfoundation.ca/files/pdf/Judging-the-Judges-10-April-2007.pdf> \[*Judging the Judges*\].

 - 9 *Ibid.* at 7, 25-26, 31.
 - 10 *Ibid.* at 7, 25-27.
 - 11 \[2000\] 2 S.C.R. 764 \(CanLII\) \[*Harper*\].
 - 12 S.C. 2000, c. 9.
 - 13 *Supra* note 11 at para. 10
 - 14 \[2002\] 4 S.C.R. 429 \(CanLII\) \[*Gosselin*\].
 - 15 *Ibid.* at paras. 98-149.
 - 16 \[2001\] 1 S.C.R. 772 \[*Trinity Western*\].
 - 17 *Ibid.* at paras. 67-111.
 - 18 See for example, *Reference re Same-Sex Marriage*, \[2004\] 3 S.C.R. 698 \(CanLII\); *Smith Chymyshyn v. Knights of Columbus* \(2005\), BCHRT 544; *Kempling v. College of Teachers \(British Columbia\)* \(2005\), 43 B.C.L.R. \(4th\) 41 \(CanLII\); *Hall \(Litigation Guardian of\) v. Powers* \(2002\), 213 D.L.R. \(4th\) 308 \(CanLII\); *Trinity Western supra* note 16; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, \[1996\] 1 S.C.R. 825 \(CanLII\).
 - 19 \(2000\), 188 D.L.R. \(4th\) 52 \(CanLII\).
 - 20 \(1998\), 160 D.L.R. \(4th\) 557 \(CanLII\).
 - 21 \(1997\), 152 D.L.R. \(4th\) 193.
 - 22 \(1997\), 145 D.L.R. \(4th\) 349.
 - 23 \[2004\] 3 S.C.R. 657 \(CanLII\).
 - 24 \(2001\), 197 D.L.R. \(4th\) 103 \(CanLII\).
 - 25 \[1999\] 3 S.C.R. 3 \(CanLII\).
 - 26 \[2001\] 9 W.W.R. 744.
 - 27 \(2003\), 299 N.R. 307 \(CanLII\).
 - 28 \(2003\) B.C.C.A. 28 \(CanLII\).
 - 29 \[2000\] 1 S.C.R. 783 \(CanLII\).
 - 30 \[1999\] 2 S.C.R. 3 \(CanLII\).
 - 31 \[2002\] 3 S.C.R. 519 \(CanLII\).
 - 32 *Supra* note 14.
 - 33 *Supra* note 11.
 - 34 \[2004\] 1 S.C.R. 76 \(CanLII\).
 - 35 *R. v. Hamilton* \(2004\), 241 D.L.R. \(4th\) 490; *R. v. Spencer* \[2003\] O.J. No. 1052.
 - 36 \[1998\] 1 S.C.R. 493.
 - 37 \[1998\] F.C.J. No. 675.
 - 38 \[1995\] 2 S.C.R. 513 \(CanLII\).
 - 39 F.L. Morton & Rainer Knopff, *The Charter Revolution and the Court Party* \(Peterborough, Ont: Broadview Press, 2000\).
 - 40 Ian Brodie, *Interest Groups and the Supreme Court of Canada* \(Ph.D. thesis, University of Calgary, 1997\) \[unpublished\]; Ian Brodie, *Friends of the Court: The Privileging of Interest Group Litigants in Canada* \(Albany: State University of New York Press, 2002\).
 - 41 Avril Allen, "An Analysis of Interest Group Litigation in Canada" \(Presented to the Future of Freedom conference, Toronto, Ontario, 13 October 2007\), online: <\[Constitutional Forum constitutionnel\]\(http://www.canadian-</div><div data-bbox=\)](http://www.</div><div data-bbox=)

constitutionfoundation.ca>.

- 42 Agreement among the Nisga'a Nation, Her Majesty the Queen in right of Canada, and Her Majesty the Queen in right of British Columbia (1999), online: <http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/nsga/nisdex_e.html>.
- 43 Canada, Parliament, Standing Senate Committee on Aboriginal Peoples, "Proceedings of the Standing Senate Committee on Aboriginal Peoples, Issue 7: Evidence" (23 March 2000), online: <http://www.parl.gc.ca/36/2/parlbus/commbus/senate/com-e/abor-e/07ev-e.htm?Language=E&Parl=36&Ses=2&comm_id=1>; see also <www.CanadianConstitutionFoundation.ca>.
- 44 *Supra* note 2.
- 45 [2007] 1 S.C.R. 3 (CanLII).
- 46 [2005] 1 S.C.R. 791 (CanLII) [*Chaoulli*].
- 47 *Ibid.* para 123.
- 48 (2006) B.C.C.A. 277 (CanLII).
- 49 [1928] S.C.R. 457.
- 50 (2007), 284 D.L.R. (4th) 708 (F.C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused (21 February 2008).

Droits scolaires collectifs en concurrence ou en complémentarité : Langue et religion dans le droit constitutionnel de gestion des écoles de langue française au Canada

Pierre Foucher*

L'aménagement harmonieux de droits constitutionnels collectifs destinés à une communauté minoritaire ne se fait jamais sans de difficiles questions de coexistence et d'aménagement de structures institutionnelles aptes à réaliser le plus fidèlement possible la mise en œuvre de ces droits. Dans ce domaine, les tribunaux ont tendance à être réactifs plutôt que pro-actifs, vérifiant la conformité des mesures prises avec l'objet des droits reconnus. En l'occurrence, la question qui agite les milieux francophones de l'Alberta quant à l'orientation et à la gestion de ses écoles, n'est pas particulièrement nouvelle ni unique au Canada, même si elle peut le paraître à ceux et celles qui la vivent comme inextricable. Le droit peut offrir des pistes de solution. Dans ce texte, nous entendons explorer d'abord l'étendue—pour ce que nous en savons—des droits confessionnels en matière d'instruction en Alberta, puis nous examinons leur interaction avec les droits nouveaux que reconnaît l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹. Il n'est pas question ici de porter un jugement quelconque sur la validité constitutionnelle du

modèle mis en place en Alberta en 2002 pour assurer la gestion des écoles de la minorité francophone, composée en majorité, semble-t-il, de personnes de confession catholique qui entendent veiller au respect intégral de leurs droits constitutionnels.

L'article 17 de la *Loi sur l'Alberta* de 1905² proclame ce qui suit :

17. L'article 93 de la [*Loi constitutionnelle de 1867*] s'applique à la dite province sauf substitution de l'alinéa suivant à l'alinéa 1 du dit article 93:

« (1) Rien dans ces lois ne préjudiciera à aucun droit ou privilège dont jouit aucune classe de personnes en matière d'écoles séparées à la date de la présente loi aux termes des chapitres 29 et 30 des Ordonnances des territoires du Nord-Ouest rendues en l'année 1901, ou au sujet de l'instruction religieuse dans toute école publique ou séparée ainsi que prévu dans les dites ordonnances ».

(2) Dans la répartition par la Législature ou la distribution par le gouvernement de la prov-

ince, de tous deniers destinés au soutien des écoles organisées et conduites en conformité du dit chapitre 29, ou de toute loi le modifiant ou le remplaçant, il n'y aura aucune inégalité ou différence de traitement au détriment des écoles d'aucune classe visée au dit chapitre 29.

(3) Là où l'expression « par la loi » est employée à l'alinéa 3 du dit article 93, elle sera interprétée comme signifiant la loi telle qu'énoncée aux chapitres 29 et 30, et là où l'expression « lors de l'union » est employée au dit alinéa 3, elle sera tenue pour signifier la date à laquelle la présente loi entre en vigueur.

17. Section 93 of the [*Constitution Act, 1867*] shall apply to the said province, with the substitution for paragraph (1) of the said section 93, of the following paragraph:

« (1) Nothing in any such law shall prejudicially affect any right or privilege with respect to separate schools which any class of persons have at the date of the passing of this Act, under the terms of chapters 29 and 30 of the Ordinances of the North-west Territories, passed in the year 1901, or with respect to religious instruction in any public or separate school as provided for in the said ordinances ».

(2) In the appropriation by the Legislature or distribution by the Government of the province of any moneys for the support of schools organized and carried on in accordance with the said chapter 29, or any Act passed in amendment be no discrimination against schools of any class described in the said chapter 29.

(3) Where the expression « by law » is employed in paragraph (3) of the said section 93, it shall be held to mean the law as set out in the said chapters 29 and 30 ; and where the expression « at the Union » is employed, in the said paragraph (3), it shall be held to mean the date at which this Act comes into force.

En cela, l'article 17 reprend pour l'essentiel le compromis exprimé dans le paragraphe 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* relativement aux écoles séparées de l'Ontario ou aux écoles dissidentes et confessionnelles du Québec³. Ces droits sont collectifs et appartiennent à une classe de personnes unies par leur appartenance religieuse, mais non par la langue. Ces droits protègent tant les catholiques anglophones que les catholiques francophones : « the class of per-

sons to whom the right or privilege is reserved must in their lordships' opinion be a class of persons determined according to religions belief, and not according to race or language »⁴. « The right to manage does not involve the right of determining the language to be used in the schools »⁵.

Ces droits représentent l'expression du compromis atteint en 1902 et consacré dans l'ordonnance territoriale sur l'éducation⁶. En vertu de ce compromis, une minorité religieuse au sein d'un district scolaire pouvait s'en séparer et créer son propre district, chargé de l'administration de ses propres écoles, et investi du pouvoir d'en contrôler l'instruction religieuse et l'embauche des enseignants et du personnel administratif. Au fil des années, l'exercice de ce droit a conduit à une réorganisation des structures, de sorte que le système scolaire albertain de 1982 ne ressemblait que de bien loin à celui qui avait émergé à la suite de 1902! Cette évolution a été sanctionnée par les tribunaux comme étant tout-à-fait légale et valide. En 1989, par exemple, la Cour suprême du Canada confirme le droit du gouvernement du Québec, alors assujéti aux mêmes limites, de réformer le programme d'études sous réserve de ne pas toucher aux aspects confessionnels de l'enseignement dans les écoles dissidentes, ce qu'il s'était bien gardé de faire⁷. Dans cette affaire, la Cour suprême mentionne que le droit aux écoles séparées n'est pas une reconnaissance générale de la liberté de religion, mais un droit spécial consenti aux catholiques ou protestants en matière scolaire pour des raisons historiques. Quelques années plus tard, la Cour confirme le droit du gouvernement québécois de modifier les frontières des districts scolaires confessionnels ou dissidents pour les ramener à leurs limites originelles, en protégeant le droit de dissidence pour les autres territoires. C'est dans cette affaire que la Cour affirme sans ambages que les frontières et les structures scolaires ne sont pas immuables et que le gouvernement provincial, disposant de la compétence constitutionnelle en éducation, peut les modifier à sa guise, en autant que les droits confessionnels n'en sont pas affectés d'une manière préjudiciable⁸. Cela confirme ce qu'elle avait déclaré dans le renvoi ontarien de 1987 : la province a le droit de fi-

nancer les écoles secondaires catholiques et d'en changer le territoire, nonobstant le fait que ce droit n'existait pas en 1867 dans la Constitution canadienne⁹. Dans l'arrêt *Tiny*¹⁰, le Comité judiciaire du Conseil privé reconnaissait le droit de la province de l'Ontario de ne pas subventionner les écoles catholiques aux niveaux 10, 11, et 12 puisque ce droit n'existait pas en 1867. La conjonction de ces deux décisions montre qu'au delà de la protection de droits historiques de classes de personnes unies par la religion, la province est libre de modeler son système scolaire à sa guise. Par contre, dans *Hirsch*¹¹, le Comité judiciaire constate que la province est allée trop loin lorsqu'elle a privé les protestants du Québec de leur droit historique d'établir et gérer leurs propres écoles.

Certains arrêts récents confirment ces jurisprudences anciennes. L'un d'eux, *Public School Boards of Alberta*¹², confirme la validité de la réforme du financement scolaire intervenue en 1994. La Cour précise que les conseils scolaires « sont une forme d'institution municipale »¹³. L'Alberta est autorisée à restructurer les établissements d'enseignement, à la seule condition de respecter les droits conférés par l'article 17. Les réformes législatives intervenues depuis l'entrée de l'Alberta dans la confédération réfutent l'idée « du caractère obligatoire de modèles particuliers de gestion scolaire »¹⁴. La Cour ajoute que le paragraphe 17(1) ne pose pas une règle d'égalité intégrale entre le secteur public et le secteur séparé. Il protège les écoles séparées seulement et n'offre pas la même protection au secteur public : « il fige dans le temps les droits et privilèges des écoles séparées »¹⁵. Sous réserve de ces droits limités, les deux systèmes peuvent évoluer en parallèle et du côté anglophone, c'est exactement ce qui est arrivé. La province a réussi à restructurer le secteur public et le secteur séparé de sorte que le système scolaire actuel ne ressemble que bien peu à ce qu'il était en 1902, mais les droits historiques de la minorité catholique de la province sont préservés.

De même, l'année suivante, la Cour suprême du Canada avalise la réforme du financement des écoles ontariennes, alors que l'accès au produit de la taxe commerciale a été cen-

tralisé, que la proportion du budget émanant de la taxation a changé par rapport à celle qui provient des subventions, et que les Conseils scolaires ont été amalgamés, y compris du côté francophone¹⁶. Selon la Cour, rien de ce qu'a fait la province de l'Ontario ne porte atteinte aux droits historiques de la minorité catholique. La Cour précise, en se servant d'ailleurs de l'analogie avec l'article 23 de la *Charte*, que l'analyse des lois provinciales en éducation doit se fonder sur la méthode dite des « aspects » : de même que l'article 23 protège l'aspect « linguistique et culturel » de l'instruction, l'article 93 et ses avatars protègent l'« aspect confessionnel » de l'instruction. En ce sens, les conseils séparés n'ont pas droit au pouvoir de taxer, ils ont droit à une répartition équitable et proportionnelle du produit de la taxation. C'est l'accès aux ressources qui est protégé, non le droit de prélever ses propres ressources. Le secteur public, quant à lui, ne dispose pas de droits particuliers quant à sa structure : « l'art. 93 n'accorde aucune protection constitutionnelle pour la *forme* du système d'écoles publiques¹⁷ ».

On peut conclure de ce survol jurisprudentiel que l'article 17 de la *Loi sur l'Alberta* de 1905 ne protège que certains droits historiques et que la province ne peut pas légiférer de manière à y porter atteinte ; toutefois, ces droits historiques ne profitent pas au secteur public. De plus, il serait possible de conclure à partir de *Public School Boards of Alberta*¹⁸ que la survie des conseils scolaires publics n'est nullement protégée par la Constitution ; si jamais ils venaient à être abolis, les conseils séparés disparaîtraient-ils automatiquement à leur tour ? Leurs droits sont-ils tributaires de ceux qui sont conférés au secteur public, comme c'était le cas en 1902 ? Ces droits comprennent le droit d'élire les syndics, le droit de recevoir une part équitable de financement public, le droit d'établir les écoles et d'y contrôler l'enseignement religieux, y compris les qualifications confessionnelles (mais non pédagogiques) des enseignants. Ces droits ne comprennent ni le droit de conserver les mêmes territoires, ni le droit de conserver des bâtiments scolaires, ni celui de taxer. La forme que prend le contrôle de l'enseignement religieux n'est pas figée, pas plus que la structure elle-même. On pourrait donc conclure que sans secteur pub-

lic dont il est possible de se détacher, le secteur séparé n'a aucune raison d'être ; mais le droit de contrôler l'enseignement religieux dans ses propres écoles, lui, doit être reconnu et protégé par une structure quelconque.

Cela signifie donc que la limite imposée par l'article 17 aux pouvoirs provinciaux n'est somme toute que bénigne. Cela ouvre donc la voie à des possibilités de réformes structurelles multiples.

De plus, l'interaction entre les articles 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou 2(a) et 15 de la *Charte* n'est pas facile. Certes, les droits confessionnels ont préséance, ne serait-ce que par l'opération de l'article 29 de la *Charte* qui le reconnaît explicitement¹⁹. Mais puisque l'article 93 ne représente pas une protection générale de la liberté religieuse au Canada, on ne saurait en tirer des obligations additionnelles pour l'état, non plus d'ailleurs que par l'opération conjointe de cette disposition et des droits individuels classiques. Dans *Adler*²⁰, la Cour suprême du Canada rejette une revendication présentée par des tenants d'une confession religieuse non visée par l'article 93 qui demandaient un accès au financement de services de santé spécialisés dans des écoles confessionnelles privées, arguant que si les catholiques recevaient un tel financement, empêcher les autres confessions religieuses d'y avoir accès représentait soit une violation de leur liberté de religion, soit une discrimination religieuse, soit une négation des droits conférés par l'article 93. Aucun des arguments ne convainc une majorité de la Cour, où deux dissidences sont exprimées. Pour le groupe de juges majoritaires, l'article 93 représente un code complet, les « droits » des écoles publiques représentent l'étalon de mesure des droits des écoles séparées (soit catholiques romaines, soit protestantes, mais pas des autres confessions religieuses, qui n'étaient pas visées par ce compromis en 1867). Dans un raisonnement un peu difficile à suivre, la Cour estime que ces « droits » des écoles publiques ne sont pas constitutionnalisés comme tels, mais que c'est le pouvoir de la province de les attribuer ou de les retirer qui l'est. Et les droits conférés par ces lois sont protégés contre une contestation fondée sur la *Charte*. Les juges Sopinka et Major

préfèrent dire que l'article 93 ne protège pas les écoles privées, et qu'aucune obligation de financement ne découle de l'article 2(a) de la *Charte* ; il n'y a pas non plus violation de l'article 15 puisque la distinction ne se fonde pas sur une caractéristique pertinente, soit la distinction école publique-école privée, et aussi parce que tout traitement différent ne provient pas de la loi puisque celle-ci n'oblige pas les appelants à envoyer leurs enfants à une école privée. Enfin, la distinction entre écoles catholiques et écoles privées d'autres confessions religieuses est explicitement protégée par l'article 93 et ne saurait donc être contestée en vertu de la *Charte*. Il est possible de dégager de *Adler* que l'accès à l'école publique, universel et ouvert, doit être garanti à tous ceux qui n'optent pas pour l'instruction religieuse. De plus, d'autres arrêts précisent que dans les écoles publiques, la liberté religieuse impose certaines contraintes quant aux pratiques religieuses²¹.

Ainsi, les non catholiques doivent disposer d'options viables quant à l'instruction : soit l'accès à l'école publique, soit l'accès à l'école privée, subventionnée ou non. S'agissant des francophones, une contrainte additionnelle structure la compétence provinciale : celle de l'article 23 de la *Charte*.

Il reste donc maintenant à analyser comment les droits de gestion découlant de l'article 93 interagissent avec ceux qui découlent de l'article 23 de la *Charte*. L'interaction entre ces deux droits collectifs retiendra notre attention.

Aucun arrêt ne porte sur l'application de l'article 23 aux conseils scolaires confessionnels francophones, mais il existe déjà des indices jurisprudentiels de l'application possible de cette disposition aux conseils confessionnels en général. Cette application part du constat que l'article 23 consacre un droit à l'échelle variable comprenant une forme de gestion scolaire. Cette forme est laissée à la discrétion provinciale, mais elle doit garantir des droits réels et exclusifs aux francophones sur les programmes, la dépense des fonds, le recrutement et l'embauche des enseignants, administrateurs et professionnels et enfin la dépense des fonds destinés à l'enseignement.

C'est le renvoi de l'Ontario²² qui aborde la question pour la première fois. Certains intervenants prétendaient que la « classe de personnes » protégée par l'article 93 ne pouvait être scindée ni dépouillée de ses écoles de langue française. La Cour d'appel de l'Ontario déclare : « s. 23 of the *Charter* imposes a further limitation, applicable to both public and denominational education »²³. Il n'est donc pas exact de prétendre que l'article 23 s'applique uniquement aux écoles séparées, pas plus qu'il n'est vrai de dire que l'article 23 s'applique seulement aux écoles publiques. La Cour rajoute ce qui suit : « no distinction is drawn between denominational and non denominational education, and the section on its face applies to both . . . The use of the phrase out of public funds is further indication of a legislative intent that s. 23 apply equally to both the separate and public school systems of education. » Et ce qui a été dit ici pour l'Ontario est aussi vrai en Alberta, puisque la Cour ne parle pas de la situation de l'Ontario, elle parle de l'interprétation générale de la *Charte*. La Cour conclut : « Language of instruction was a matter of linguistic and not denominational concerns. By the same token, the conferral of such a right by force of the Charter did not constitute an abrogation or derogation of any of the constitutionally protected rights or privileges »²⁴. Il ne faut pas, nous dit la Cour, obliger les francophones à choisir entre leur foi et leur langue. Les catholiques francophones ont donc deux droits constitutionnels : un qui a trait à leur foi et un autre, qui a trait à leur langue. Les non catholiques ont aussi deux droits constitutionnels, mais différents : un droit collectif qui a trait à leur langue, et un droit individuel qui a trait à leur liberté religieuse.

Enfin, commentant sur la proposition ontarienne de représentation proportionnelle garantie des francophones au sein des conseils séparés anglophones, la Cour estime que cette structure ne porterait pas atteinte aux droits confessionnels. Si on conclut que les droits linguistiques et confessionnels sont protégés par une structure mixte au plan de la langue, rien ne permet de ne pas conclure la même chose au sujet d'une structure mixte fondée sur la religion, dans la mesure où les droits de chaque partie sont respectés.

L'arrêt *Mahe*²⁵ effleure aussi la question, et offre la même analyse générale. La Cour suprême du Canada y constate que la province a l'obligation de légiférer pour restructurer son système scolaire afin de se conformer à ses obligations constitutionnelles, et que le fait de conférer un droit de gestion aux francophones des écoles séparées ne portera pas atteinte aux droits confessionnels que reconnaît l'article 17 de la *Loi sur l'Alberta*. D'ailleurs, la Cour déclare : « il est possible de constituer des conseils de la minorité linguistique sur une base confessionnelle »²⁶. Le conseil catholique francophone de Calgary est donc, à première vue, parfaitement constitutionnel. Cependant, la Cour ne veut pas se prononcer sur le deuxième volet du problème, soit la possibilité d'une structure quadripartite avec des conseils publics francophones et anglophones, et des conseils séparés francophones et anglophones. Le juge Dickson signale cependant que les droits confessionnels pourraient bien ralentir l'expansion des droits linguistiques : « les garanties données aux écoles confessionnelles pourraient fractionner un groupe admissible d'élèves appartenant à la minorité linguistique et empêcher de ce fait la création d'une école de la minorité linguistique qui serait autrement requise »²⁷. Quelle hypothèse avait-il en tête ? S'agit-il d'une situation où seule une école confessionnelle francophone serait possible, empêchant par ailleurs les non catholiques de disposer du droit de créer leur école et de la gérer, en raison de la faiblesse des nombres ? Il semble plutôt que le juge Dickson avait en tête une situation dans laquelle les nombres ne justifieraient ni une école catholique ni une école publique, mais que la combinaison des deux clientèles permettrait la création de telles écoles ; or si les parties insistaient pour le respect de leurs droits religieux, incluant pour les non catholiques le droit à l'instruction publique, alors aucune école de langue française ne pourrait être créée, encore moins une structure de gestion. Cependant il conclut en disant : « je crois qu'il est préférable d'en traiter au moment où ils (ces problèmes) se présenteront »²⁸. Eh bien, nous y sommes.

Le droit de gestion conféré par l'article 23 n'est pas total, il touche les aspects de l'enseignement qui visent la langue et la cul-

ture. En ce sens, la structure hybride respecte les droits des francophones puisqu'ils *gèrent en français l'instruction en français* dans des écoles de la minorité. Mais il existe plusieurs dimensions à la culture et la religion en est une. Il existe sans doute une population scolaire en Alberta, dans les milieux urbains en particulier, qui ne partage pas la foi catholique et se sentira donc mal à l'aise dans les écoles séparées. Ces francophones n'ont pas moins de droits de gestion que les francophones de foi catholique, pour peu qu'ils soient en nombre suffisant pour justifier sur les fonds publics la prestation de l'instruction en français, libres de ne pas adhérer aux valeurs de l'éducation catholique.

Toujours dans *Mahe*, la Cour a reconnu que la province doit avoir une grande discrétion dans le choix des moyens de la mise en œuvre du droit linguistique protégé par l'article 23. Cette flexibilité provinciale est la même, au fond, que celle qui aura permis à la province de restructurer ses réseaux scolaires publics et séparés. Cette discrétion peut ici jouer un rôle utile. Tout comme pour les écoles séparées, la province peut faire évoluer les écoles publiques et structurer le réseau scolaire de manière à concilier les deux droits constitutionnels en cause.

Il serait donc constitutionnellement possible de créer un seul conseil scolaire public francophone pour la province et de lui remettre la responsabilité de l'instruction en français dans les écoles publiques de langue française, avec la possibilité de déléguer certains pouvoirs à d'autres conseils au moyen d'ententes inter-conseils. Il serait possible de créer des autorités régionales francophones publiques dans plusieurs régions. Les territoires n'ont pas besoin de correspondre à ceux des écoles catholiques. Si les nombres sont trop petits, la représentation proportionnelle et garantie au sein d'un Conseil public anglophone est-elle aussi possible, comme l'avait reconnu explicitement l'arrêt *Mahe* ? La forme et surtout l'autonomie complète de la structure de gestion dépend en grande partie des nombres de référence et de la position du modèle sur l'échelle variable, mais le retour à ce modèle serait perçu comme un recul important non seulement en Alberta, mais surtout dans l'ensemble de la francophonie canadienne.

Il serait dommage que l'insistance sur le contrôle linguistique *et* religieux auquel ont droit les catholiques francophones ne nuise à long terme à l'ensemble des minorités acadiennes et francophones. Les batailles pour sortir de la tutelle scolaire de la majorité linguistique auraient été vaines. Les preuves de l'effet assimilateur de telles structures, de ses difficultés de fonctionnement, et des injustices auxquelles elles conduisent, ont été faites et acceptées devant les tribunaux. Si des difficultés de gestion se présentent au sein d'une structure mixte mais linguistiquement homogène, on ne corrige pas le problème en retournant à une autre forme de contrôle d'une minorité par une majorité.

Le modèle du conseil scolaire francophone mixte a été essayé à Ottawa et n'a pas fonctionné. La province s'est résolue, sur recommandation de la communauté, à créer quatre conseils, chacun disposant de territoires différents afin d'atteindre des nombres viables. Depuis lors, la paix scolaire est revenue. Cette idée a été étendue à l'ensemble de la province. À Calgary, une structure mixte a été abandonnée au profit d'une double structure, en raison de l'intervention de l'épiscopat catholique local qui insistait pour que l'école catholique soit gérée exclusivement par des catholiques. À Edmonton, la structure mixte, selon ce qui en est connu, ne fonctionne pas et la liberté religieuse, ainsi que le développement du réseau public, se heurtent à des obstacles structurels. Le temps est donc venu de réfléchir à d'autres modèles. L'idée défendue dans le rapport Ducharme, d'un conseil mixte mais doté de deux sections parfaitement autonomes sur le plan de leur budget et de leurs prises de décision, pouvait s'avérer valide²⁹. L'idée d'un conseil public provincial l'est aussi. L'article 23 permet plusieurs accommodements. Le droit de gestion, pilier de la mise en œuvre de l'article 23, doit être accordé, quand les nombres le justifient, à tous les francophones, tant ceux qui prônent une instruction religieuse que ceux qui prônent une instruction laïque. La communauté ne peut pas non plus se permettre de présenter une image de division comme celle qui a agité la région d'Ottawa. Il convient de ne pas se tromper de cible. C'est le gouvernement provincial qui a la responsabilité et l'obligation constitutionnelle de veiller au respect des droits de tous les

francophones ; c'est à lui que les requêtes doivent être adressées, et ce sont ses décisions qui doivent être scrutées à l'aulne de l'article 23. Ultimement, la responsabilité du respect des droits conférés par les articles 17 de la *Loi sur l'Alberta* et 23 de la *Charte* repose sur la législature provinciale. La mise en œuvre de l'article 23 ne dépend pas de la volonté d'une majorité de francophones : « La jouissance de ces droits n'est pas liée à la volonté du groupe minoritaire auquel ils appartiennent, fût-elle celle de la majorité de ce groupe, mais seulement au « nombre d'enfants » suffisant »³⁰; elle ne doit pas non plus créer des structures qui empêchent ou nuisent au développement de l'instruction en français³¹. Si la preuve est faite que c'est ce qui se passe, alors la province aura failli à son obligation constitutionnelle.

* Professeur, Faculté de droit, Université de Moncton. Ceci est la version remaniée d'une conférence prononcée au mini colloque sur le droit aux écoles publiques de langue française en Alberta, tenu à la faculté de droit de l'Université de l'Alberta le 25 avril 2006.

- 1 Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituent l'annexe B de la loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, c.11 [*Charte*].
- 2 S.C. 1905, c. 3, art. 17 ; voir aussi *Alberta Act*, S.C. 1905, c. 3, art.17.
- 3 (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n 5.
- 4 *Ottawa Roman Catholic Separate Schools Trustees v. Mackell*, [1917] A.C.62, à la p. 69.
- 5 *Ibid.* à la p. 74.
- 6 *An ordinance respecting schools*, S.N.W.T. 1901 c. 29.
- 7 *Commission des Écoles Protestantes du Grand Montréal c. Québec*, [1989] 1 R.C.S. 377 (IIJCan).
- 8 Voir *Renvoi Relatif à la Loi sur L'Instruction Publique*, [1993] 2 R.C.S. 511 (IIJCan).
- 9 *Renvoi relatif au projet de Loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148 (IIJCan).
- 10 *Tiny Roman Catholic Separate School Board v. R.*, [1928] 2 W.W.R. 641.
- 11 *Hirsch v. Protestant Board School Commissioners of Montreal*, [1928] 1 D.L.R. 1041.
- 12 *Public School Boards' Association (Alberta) c. Alberta*, 2000 CSC 45, [2000] 2 R.C.S. 409 (IIJCan).
- 13 *Ibid.* au para. 33.

- 14 *Ibid.* au para. 41.
- 15 *Ibid.* au para. 64.
- 16 Voir *Ontario English Catholic Teacher's Association c. Ontario*, 2001 CSC 15, [2001] 1 R.C.S. 470 (IIJCan).
- 17 *Ibid.* au para. 61.
- 18 *Supra* note 12.
- 19 *Supra* note 1. « Les dispositions de la présente charte ne portent pas atteinte aux droits ou privilèges garantis en vertu de la Constitution du Canada concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles ».
- 20 *Adler c. Ontario*, [1996] 3R.C.S. 609 (IIJCan) [*Adler*].
- 21 Voir notamment *Zylberberg c. Sudbury Board of Education* (1988), 52 D.L.R. (4th) 577 (IIJCan) ; et *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, [2002] 4 S.C.R. 710 (IIJCan).
- 22 *Re Education act of Ontario and minority language educational rights* (1984), 10 D.L.R. (4th) 491 (C.A.).
- 23 *Ibid.* au para. 155.
- 24 *Ibid.* au para. 157.
- 25 *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342 (IIJCan).
- 26 *Ibid.* au para. 76.
- 27 *Ibid.* au para. 77.
- 28 *Ibid.*
- 29 Jean-Charles Ducharme, *Droits à l'instruction dans la langue de la minorité : état de la situation. La mise en oeuvre de l'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés. Série Nouvelles perspectives canadiennes* (Ottawa, ministère du Patrimoine canadien, 1996).
- 30 *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839, au para. 49 (IIJCan).
- 31 *Ibid.* au para. 50.

La gestion de la diversité religieuse en milieu scolaire : le modèle « Made in Alberta »

Natalie Boisvert*

« Comment élever nos enfants ? » Il est dit que cette question, incontournable, requiert l'examen de nos plus fondamentales convictions éthiques. À l'école nous retrouvons, en microcosme, les grandes questions qui animent le débat canadien en matière de langue, d'identité, de culture, et de religion. Le paradoxe canadien, ou comment entretenir une culture politique partagée tout en encourageant l'expression des particularismes, se traduit à l'école par le débat opposant l'école publique, source première de la formation d'une culture partagée, et les écoles à vocation religieuse, avatars du fait multinational et multiculturel au Canada.

Depuis les années quatre-vingt-dix, la laïcisation des écoles publiques, ainsi que la déconcessionnalisation de certains systèmes scolaires, semblait l'aboutissement logique et inévitable des changements sociaux amorcés au cours des années soixante : la société se modernisant allait forcément se séculariser. Dans cette optique, on croirait l'école confessionnelle un malheureux anachronisme destiné à disparaître.

Or, le débat récent (janvier 2005) au sujet du financement des écoles juives au Québec a bien démontré que la question des écoles confessionnelles est loin d'être réglée. En fait, d'aucuns mettent en doute que la sécularisation soit une conséquence inévitable de la modernité¹. Plusieurs observateurs ont d'ailleurs noté une résurgence de la pratique religieuse au Canada et ailleurs². Il ne peut être question ici d'examiner

à fond les raisons qui poussent certains groupes à revendiquer, de plus en plus fortement semble-t-il, une plus grande reconnaissance de la religion dans l'école publique. On doit accepter, pour l'instant, que ces revendications font partie de la donne avec laquelle il faut composer lorsqu'on met en place des politiques relatives à l'éducation publique. La laïcisation complète du système scolaire ne s'annonce donc pas comme étant la solution à préconiser pour gérer la diversité religieuse des élèves dans un avenir prochain.

Loin de promouvoir la laïcité, la solution « made in Alberta » consiste plutôt à retirer l'État entièrement de la question. La situation albertaine, unique en Amérique du Nord, permet d'observer de quelles façons, en l'absence de directives gouvernementales, les politiques scolaires en matière de religion peuvent être déterminées par les conditions locales. En particulier, la comparaison entre les systèmes scolaires de Calgary et d'Edmonton, régis par la même loi provinciale mais pourtant très différents l'un de l'autre, met en lumière certaines correspondances et décalages entre les arguments théoriques ou idéologiques et leur traduction dans la politique scolaire.

Les modèles de systèmes scolaires

Le modèle de l'école publique « commune » promeut un système où les enfants sont instru-

its dans un programme identique pour tous les élèves de la juridiction. Les défenseurs de ce modèle insistent sur l'importance d'une culture publique partagée. Le milieu scolaire, au lieu de reproduire le milieu familial, doit au contraire préparer les enfants à vivre dans une société diversifiée. L'école veut donc accueillir une population hétérogène. Si les besoins religieux de chaque élève doivent être accommodés dans les limites du raisonnable, la religion demeure toutefois une affaire personnelle dont l'école doit se retirer.

Le modèle de l'école publique « pluraliste » prévoit quant à lui des écoles séparées selon la religion pour répondre aux besoins de la population qu'il dessert. Chaque école vise un groupe homogène selon la religion, et tout l'enseignement et la vie scolaire sont en accord avec ses préceptes religieux. Selon le professeur Eamonn Callan, le désir d'avoir des écoles religieuses provient du fait que, pour les groupes qui les revendiquent, l'éducation comporte un aspect « transformatif », c'est-à-dire que l'acquisition de compétences doit s'accompagner d'un changement profond dans la manière de vivre. Cet objectif nécessite une approche globale à l'éducation, où la religion doit « saturer » l'environnement scolaire³. Ce qui est plus important, peut-être, et plus controversé, c'est que les parents qui réclament ces écoles ne veulent tout simplement pas que des idées incompatibles avec leurs croyances soient enseignées à leurs enfants comme étant égales à leurs valeurs⁴.

Les écoles séparées selon la religion ont une longue histoire au Canada, qui remonte aux premiers accommodements faits aux catholiques de souche française par la Couronne britannique. Cependant, diviser la société canadienne en deux parties protestante et catholique ne correspond plus adéquatement à la population contemporaine : d'une part, le protestantisme n'est pas une religion, mais une catégorie qui englobe aujourd'hui plusieurs douzaines de sectes. D'autre part, on doit compter avec la croissance des religions non occidentales⁵. Si le visage religieux du Canada se complexifie, on ne s'accorde pas à savoir comment l'école doit s'adapter à cette réalité : doit-on fragmenter davantage le système scolaire en multipliant les

programmes religieux, ou devrait-on plutôt promouvoir la cohésion sociale à-travers une école commune ? Avant de se tourner vers cette question, il sera utile d'examiner brièvement ce que la loi canadienne prévoit à cet effet.

École et religion : de quelques dispositions légales

La question d'éducation religieuse s'insère au Canada dans un contexte complexe où se conjuguent les dimensions multiculturelles, multiethnique, et multinationale du pays, à l'intérieur d'un cadre légal qui inclut à la fois les droits constitutionnels des minorités catholiques et protestantes, les dispositions de la loi sur le multiculturalisme et les droits individuels des citoyens. On sait que la *Loi constitutionnelle de 1867*⁶ reconnaissait aux minorités catholiques et protestantes des premières provinces canadiennes le droit de gérer leurs propres écoles à même les fonds publics. On sait de plus que la *Charte des droits et libertés* garantit la liberté religieuse à l'article 2, ainsi que l'égalité à l'article 15, dont l'interprétation a justement mis l'accent sur les groupes minoritaires ou désavantagés⁷. Cependant, en 1988, la Cour suprême a refusé d'invoquer l'article 15 de la *Charte* pour étendre le privilège des écoles séparées aux minorités qui ne sont pas visées directement par la loi de 1867, déclarant que ces garanties reposent sur un « compromis historique » qui a rendu possible la création du Canada. La Cour a confirmé que les provinces n'ont aucune obligation de financer des écoles religieuses pour des minorités autres que celles dont il est question dans l'acte constitutionnel⁸.

Il faut également tenir compte de l'extrême décentralisation du système éducatif canadien : « Si tous les systèmes éducatifs provinciaux ont une structure et des objectifs analogues, écrit Paula Dunning, ils reflètent, pour des raisons historiques, des priorités différentes en matière de gestion, de financement et d'enseignement. Le Canada est probablement le seul pays au monde à avoir adopté une telle décentralisation dans un domaine aussi important que l'éducation »⁹.

Si aucune loi canadienne n'oblige les pro-

vinces à financer des écoles religieuses, rien par contre ne les empêche de le faire. Et si la diversité religieuse est un fait de la société canadienne, il appartient aux provinces de décider, à travers la gestion et le financement scolaire, de la façon de socialiser les enfants face à cette réalité : la diversité sera-t-elle vécue à travers l'école commune, ou par le biais de communautés d'appartenance ?

Au Canada, il n'y a pas de réponse nationale à cette question, puisque les provinces n'ont pas toutes choisi la même voie. On remarque en effet des différences importantes entre l'Alberta et les provinces centrales de l'Ontario et du Québec. Au Québec, la restructuration des commissions scolaires québécoises selon la langue plutôt que la religion reflète un long processus de sécularisation amorcé dans les années soixante. Bien que la déconfessionnalisation des écoles s'avère plus douloureuse que prévu, on se souviendra qu'en janvier 2005, le projet du gouvernement Charest de financer des écoles juives a soulevé tant de protestations qu'il a été retiré à peine quelques jours après avoir été présenté¹⁰. En Ontario, la loi sur l'éducation (*Ontario Education Act*) interdit explicitement l'enseignement religieux à l'école publique, à moins qu'il ne s'agisse d'un enseignement général sur les religions, où toutes doivent être présentées sur un pied d'égalité et nulle ne peut avoir préséance¹¹.

Il en est tout autrement en Alberta, où certains conseils scolaires publics gèrent des programmes religieux depuis plus de trente ans. En 1998, le gouvernement a entériné officiellement cette pratique dans sa nouvelle loi sur l'éducation (*Alberta School Act*). On peut lire, à l'article 21 :

21(1) ... « alternative program » means an education program that

(a) emphasizes a particular language, culture, religion or subject-matter, or

(b) uses a particular teaching philosophy...

21(2) If a board determines that there is sufficient demand for a particular alternative program, the board may offer that program to those students whose parents enroll them in the program¹².

Il faut préciser, avant de poursuivre, qu'il

s'agit bel et bien dans cet article du système public, les écoles catholiques garanties par la constitution formant une catégorie à part dont il n'est nullement question ici. Ainsi, la province permet aux conseils scolaires qui le désirent d'offrir des programmes à teneur religieuse si la demande le justifie, sans toutefois garantir que ces programmes seront disponibles et sans obliger les conseils à les offrir. De plus, l'article 50 de la même loi permet aux conseils scolaires d'intégrer la pratique et l'enseignement religieux à leurs programmes réguliers :

50(1) A board may

(a) prescribe religious instruction to be offered to its students;

(b) prescribe religious exercises for its students; ...

(e) permit persons other than teachers to provide religious instruction to its students¹³.

L'article 50 est indépendant de l'article 21 sur les programmes alternatifs et s'applique à tous les conseils de toute la province. Ce qui veut dire que, théoriquement, un conseil scolaire pourrait prescrire que la journée scolaire doive commencer par une heure de catéchèse, ou d'étude du Koran ou de la Torah, tout en demeurant conforme à la loi, tant qu'on n'oblige pas les élèves à participer aux exercices qui sont contraires à leurs croyances¹⁴.

Légalement, donc, la province s'est retirée de la question, délégrant toute autorité en la matière aux conseils locaux. Dans les faits, on retrouve à travers la province à peu près toutes les interprétations possibles de ces deux articles, qu'il s'agisse d'instruction religieuse à même les programmes réguliers, de programmes alternatifs religieux, ou de systèmes entièrement séculiers. Ce qui surprendra peut-être, c'est que les deux grandes villes de la province, Calgary et Edmonton, ont choisi des voies diamétralement opposées : alors que le conseil scolaire public de Calgary est demeuré entièrement séculier, celui d'Edmonton offre aujourd'hui près d'une vingtaine de programmes religieux. On voit bien qu'en Alberta, il y a plus d'une façon d'interpréter le sens d'école « publique ».

Comment définir le mandat de l'école publique ?

On peut poser la question en termes de ce que doivent être les objectifs proprement publics de l'éducation. Certains diront que l'objectif central de l'éducation publique est de former les citoyens de l'avenir. À cette fin, l'école publique doit fournir, comme l'écrit Amy Gutmann, « an education appropriate to exercising the rights and responsibilities of democratic citizenship »¹⁵. Interprétée dans un sens étroit, cette position définit le rôle de l'école publique comme étant de fournir à tous les citoyens l'occasion d'obtenir des compétences civiques et professionnelles. Tout ce qui excède ce mandat relèverait de la sphère privée et serait soustrait à la responsabilité de l'État. La formation religieuse est donc exclue du mandat de l'école publique, qui doit plutôt demeurer neutre en matière de religion. Ceci implique que l'école ne doit entériner ni enseignement ni pratique religieuse (ce qui n'exclut pas l'enseignement de la religion en tant que fait social). La formation religieuse des enfants doit donc être assurée entièrement par la famille et par la communauté parascolaire. En même temps, le principe de neutralité empêche l'école d'épouser un point de vue ouvertement hostile à la religion.

Une conception plus forte de la citoyenneté démocratique implique aussi la capacité de participer à la délibération publique. L'école doit être le berceau d'une culture politique partagée et le principal moteur des valeurs libérales. On sait que c'est d'abord pour la formation d'une culture nationale que l'école publique est née, et l'on continue aujourd'hui à lui reconnaître un rôle de premier plan pour cultiver la cohésion sociale. Dans cette optique, on aura tendance à insister sur la fonction intégratrice de l'école : on dira que c'est un objectif légitime de l'éducation publique de faire la promotion des valeurs fondatrices de la démocratie libérale, donc de l'autonomie, de la tolérance, et de la séparation entre le politique et le religieux, même si ces valeurs ne sont pas partagées par tous et si elles choquent certains. Par le même fait, l'État n'a aucune obligation d'appuyer des écoles qui refuseraient de reconnaître l'importance fondamentale de ces valeurs.

Quant à préciser ces valeurs, pour la présente discussion, l'autonomie peut se définir comme la capacité de déterminer pour soi sa conception de la vie bonne. De plus, on doit pouvoir réviser cette conception, ce qui requiert le développement et l'utilisation de facultés critiques : pouvoir prendre du recul, examiner ses propres conceptions à la lumière de ses connaissances et de conceptions différentes, et repenser sa façon de vivre. Selon la plupart des penseurs libéraux, cette capacité de révision rationnelle est une condition *sine qua non* du libéralisme. L'« individu » autonome est celui qui possède la capacité de former sa propre conscience et sa propre conception du bien et de vivre selon elles.

La tolérance, en termes généraux, crée les conditions qui permettent aux individus d'exercer leur autonomie sans être inquiétés par leurs voisins ou par l'État. Il s'agit d'un principe selon lequel on accepte de partager un état—ses droits, privilèges et obligations—avec des gens dont la conception du bien diffère de la sienne. Car, pour que l'autonomie soit véritablement articulée, il faut permettre à une multiplicité de conceptions du bien de coexister en paix. Ainsi, selon une définition minimale du libéralisme, l'État doit se contenter de fixer des règles d'entente, sans se faire défenseur ou promoteur d'une conception particulière du bien. Cependant, même dans cette version mince du rôle de l'État, il demeure nécessaire de définir certains biens premiers, soient les valeurs et les principes en vertu desquels l'État peut user légitimement de son pouvoir de coercition. La difficulté, lorsque des notions telles l'autonomie ou la tolérance doivent se traduire par des gestes concrets, touche à ceci que, comme l'avait d'ailleurs remarqué Isaiah Berlin, les biens du libéralisme peuvent parfois être carrément antinomiques.¹⁶ Le défi est donc de trancher, non pas entre bien et mal, mais entre biens concurrents. Dans le cas qui nous intéresse, la question est de savoir si, au nom de la tolérance, on doit accorder une certaine « autonomie » à des groupes qui ne reconnaissent pas eux-mêmes ces valeurs fondamentales.

Car si les écoles séparées inquiètent, c'est qu'on croit déceler un certain penchant antilibé-

ral chez les groupes religieux qui revendiquent ces écoles. De façon générale, on qualifiera d'antilibérale une communauté qui n'accepte pas certaines prémisses du libéralisme, l'autonomie en particulier, et qui par conséquent ne cultive pas la capacité de révision rationnelle essentielle au maintien et à l'exercice de la liberté. Un groupe antilibéral ne reconnaîtra pas la légitimité pour les individus de veiller à leur propre bien, ni de le définir pour eux-mêmes. Le portrait positif d'un groupe antilibéral mettra l'accent sur l'entraide, la fidélité au groupe, la solidarité, la sécurité, le respect des traditions, etc. Dans une version moins bienveillante, le groupe antilibéral est celui qui a recours à des moyens coercitifs pour imposer une conception monolithique du bien. Loin d'une association volontaire, ce genre de groupe n'admet pas l'examen rationnel de cette conception et, par conséquent, ni critique ni révision.

Si, pour certains groupes, l'antilibéralisme correspond à une conception particulière de la vie bonne, on a tôt fait de déceler le défi qu'apporte au libéralisme la présence de telles communautés : jusqu'à quel point doit-on ou peut-on tolérer une conception du bien qui s'oppose aux fondements même de l'ordre libéral ? Il s'agit bien sûr d'une question fondamentale de la théorie libérale. Disons, pour demeurer brefs, qu'on s'accorde généralement pour dire que la société libérale peut accommoder des groupes antilibéraux du moment qu'il s'agisse d'associations volontaires, qui ne mettent pas en péril les institutions de la société libérale, et qu'il suffit à l'État de garantir les libertés individuelles de ceux qui souhaitent se soustraire à ces groupes¹⁷.

Dans le milieu éducatif, cependant, le conflit entre autonomie et tolérance prend une tournure particulière, ne serait-ce parce que les enfants n'ont évidemment pas, en pratique, les mêmes libertés qu'un adulte. Même à long terme, diront les plus ardents défenseurs de l'école laïque, il n'est pas suffisant d'accorder aux citoyens la liberté de conscience : pour maintenir un libéralisme vigoureux, il faut *former* la conscience à la liberté. L'éducation doit donc promouvoir de façon active et concrète la conscience autonome, en commençant par l'examen critique de toutes

les croyances, y inclut celles de sa propre famille ou communauté. Cette mise en règle quasi-dogmatique de la raison séculaire se justifie, pour ses défenseurs, au nom du bien des enfants que l'on doit protéger contre l'indoctrination religieuse.

À l'opposé, le libéralisme axé sur la tolérance devrait permettre à tout groupe religieux qui le désire d'offrir aux enfants une éducation religieuse compréhensive et exclusive, même si les valeurs enseignées vont à l'encontre des valeurs libérales classiques. Dans un tel cas, c'est plutôt la liberté de religion des parents, ainsi que le droit d'élever leurs enfants comme ils le souhaitent, qui sont respectés. Dans cette version du libéralisme, ce sont les groupes sociaux traditionnels—famille, communauté—qui sont ultimement arbitres de l'éducation des enfants.

Comme on peut le constater, ni la théorie politique ni la tradition canadienne ne prescrivent de mandat précis à l'école publique lorsqu'il est question de religion. Comme il a été mentionné plus haut, il appartient plutôt aux provinces de le préciser ou non. Nous allons maintenant nous tourner vers la situation concrète à Calgary et Edmonton, deux villes qui ont choisi de définir l'éducation publique de façon bien différente.

Sécularisation à Calgary

En 2004, le conseil scolaire de Calgary (Calgary Board of Education) s'est prononcé définitivement et résolument contre les programmes religieux et ce, nonobstant les dispositions de la loi albertaine qui permet de tels programmes :

(Préambule) « . . . the Chief Superintendent shall not fail to assure that no program emphasizes a particular religion, notwithstanding the School Act definition of alternative programs ».

The Calgary Board of Education accepts children of all faiths and creeds, and it must show understanding and respect for differences arising from differences in faith, while encouraging inquiry and discussion in the continuing search for truth, which is the hallmark of a growing, rational being.

The Calgary Board of Education endorses teaching students about religion not the teaching of religion.

2(1)(2) Religious activities which constitute public acts of worship and/or the propagation of dogma are not permissible within an instructional context¹⁸.

Il s'agit d'un langage très fort dans le contexte albertain actuel, où les programmes religieux ne cessent de se multiplier dans d'autres conseils publics. On remarque ici une véritable correspondance entre une conception théorique de l'école publique en tant que véhicule primaire des valeurs fondamentales du libéralisme, d'une part, et de l'autre, sa traduction concrète dans la formulation d'une politique éducative. En fait, le règlement adopté en 2004 ne fait que confirmer un état de fait qui dure depuis une génération déjà : à Calgary, vingt-cinq ans de luttes politiques ont fait que le conseil scolaire est demeuré entre les mains de gens sincèrement engagés envers un certain idéal de l'école publique.

En effet, vers la fin des années soixante-dix, le conseil scolaire de Calgary avait accueilli sous son chapiteau des écoles juives, ainsi que le programme chrétien Logos¹⁹. Cette politique ne fut pas sans détracteurs et l'école publique est vite devenue le terrain d'une dispute opposant la droite chrétienne et des intervenants plus modérés.

Aux élections municipales de 1980²⁰, c'était le conflit de travail opposant le conseil au syndicat des enseignants (l'ATA, Alberta Teachers's Association) qui inquiétait les électeurs, et c'est selon leur aptitude à résoudre ce conflit qu'ils ont choisi leurs conseillers scolaires. On s'est aperçu par la suite qu'on avait élu un conseil qui appuyait majoritairement l'expansion du programme Logos. On a craint, à tort ou à raison, que le système éducatif public ne soit menacé par une faction de la droite chrétienne, qui aurait fait la promotion de programmes religieux au détriment des programmes publics séculiers²¹. Un mouvement de résistance s'est organisé promptement : Sheldon M. Chumir, avocat spécialiste des libertés civiles, fondait Save Public Education, organisme de bienfaisance qui s'était donné pour mandat de protéger le caractère public et séculier du système éducatif²². L'objectif

immédiat : aux élections municipales de 1983, faire campagne pour élire un nouveau conseil scolaire dont le mandat serait de retirer les programmes religieux du système public.

La question de la religion à l'école devient le thème principal—le seul thème d'importance, selon un éditorial du Calgary Herald—des élections municipales de 1983²³. Save Public Education mène une campagne musclée en faveur de neuf candidats décidés à éliminer les programmes religieux. La victoire sera décisive : sept des neuf candidats recommandés par SPE ont été élus, et ce malgré le fait que les électeurs ont dû repérer leurs noms, peu connus d'ailleurs, parmi une liste de 27 candidats. Fort de ce mandat sans équivoque, le nouveau conseil scolaire amorce immédiatement le processus de fermeture des écoles religieuses²⁴.

Depuis ces événements, les élections scolaires demeurent très politisées à Calgary et c'est inévitablement la religion qui est la pomme de discorde. Depuis la « défaite » calgarienne, la droite albertaine tente régulièrement de récupérer le contrôle du conseil scolaire, sans pourtant y parvenir car, aux yeux du public, les programmes religieux demeurent reliés aux conservateurs sociaux les plus stridents.

En 2001, près de vingt ans plus tard, le conseil scolaire de Calgary décide de rouvrir le dossier car on a bien remarqué que le système public d'Edmonton, fort de plusieurs programmes religieux, jouit d'une vigoureuse augmentation de ses effectifs²⁵. Encore une fois, cependant, le débat devient aussitôt politique : la société Save Public Education se refonde presque immédiatement pour contrer cette nouvelle initiative, alors que les Chrétiens se regroupent sous une nouvelle bannière, la Credo Society²⁶. Dans un tel contexte, le conseil ne peut procéder qu'avec une extrême circonspection. On commence par mettre sur pieds le Committee for the Role of Religion in the Calgary Board of Education²⁷. Le comité retient notamment les services d'une firme privée d'experts-conseil en marketing qui recommandent un sondage en ligne pour prendre connaissance de l'opinion publique²⁸. Les résultats du sondage, et les recommandations du comité, sont déposés le 30 mars 2004²⁹. En gros, on recommande de ne pas fonder de program-

mes alternatifs religieux, mais on cherche tout de même à contrer la perception de l'école publique comme étant globalement antireligieuse. C'est ainsi que le conseil adopte le règlement cité au début de cette section, qui interdit tout programme religieux dans les écoles publiques.

Premiers pas vers le pluralisme

Alors que le système scolaire de Calgary demeurerait résolument séculier, la loi albertaine sur les écoles a permis, ailleurs dans la province, le développement de systèmes scolaires parmi les plus diversifiés en Amérique du Nord. La disposition en faveur des programmes religieux est née d'un effort sincère, semble-t-il, pour accueillir au sein du système public les minorités religieuses dissidentes pour qui l'école laïque n'est pas un choix acceptable. Ce geste faisait suite aux recommandations du Comité pour la tolérance et la compréhension (Committee for Tolerance and Understanding) mis sur pieds à la suite d'une fâcheuse affaire impliquant un enseignant albertain³⁰.

Le comité a reconnu immédiatement que c'est le système scolaire public qui joue un rôle primordial pour l'édification d'une société tolérante : « The Committee takes the position that a strong and open public educational system is the best armor against unacceptable intolerance, lack of understanding, discrimination and stereotyping »³¹. Pour s'acquitter de cet important mandat, poursuit-on, le système scolaire doit s'efforcer de répondre aux besoins de la plus grande proportion possible de la population qu'il dessert. Selon le comité, c'est en se diversifiant, et non en se laïcisant, que le système scolaire atteindra le mieux cet objectif, car c'est en offrant plus de choix aux parents que le système public se verra plus achalandé et plus apprécié.

Le comité se penche donc sur les raisons qui poussent plusieurs familles à délaisser le système public à la faveur des écoles indépendantes. Le plus important reproche vise sa laïcité. « The most frequent criticism lodged with the Committee by some Albertans was that the public education system is not value-oriented and is secular-humanistic in its approach »³². Le co-

mité appuie en principe les programmes alternatifs religieux qui encourageraient ces familles à demeurer au sein du système public.

Le comité souligne plusieurs exemples d'arrangements qui ont démontré la souplesse du système existant, ayant permis à certains programmes religieux de se greffer au système public malgré l'absence d'une politique provinciale claire. On ajoute que les écoles à fondement religieux ne semblent pas, d'elles-mêmes, engendrer l'intolérance. On met en preuve le fait que, bien qu'environ 20 pourcent des élèves albertains fréquentent l'école catholique, on ne remarque pas un niveau plus élevé d'intolérance ou d'étroussure d'esprit parmi cette population. De plus, le rapport maintient que l'éducation à fondement religieux est tout à fait compatible avec le milieu de l'éducation publique, du moment que les questions difficiles sont traitées avec soin et, fait peut-être plus important, ne sont pas politisées³³. Le rapport note, non sans souligner l'ironie de la situation, que deux écoles juives, expulsées du système public calgarien dans le mouvement de laïcisation, ont été accueillies par le Conseil scolaire catholique (lui aussi, financé publiquement) et que cet arrangement pluraliste fonctionne à merveille. La recommandation du comité est sans équivoque : « That public school boards be encouraged to provide or make arrangements for alternative programs in areas such as religion, comparative religion, language and culture if the demand is reasonable »³⁴.

Système pluraliste à Edmonton : la marchandisation de la religion ?

Malgré les recommandations claires du comité et leur enchâssement dans la loi scolaire de 1988, il a fallu attendre encore plusieurs années pour que les programmes religieux soient épaulés par les conseils publics. En effet, conscients des difficultés encourues à Calgary, les conseils scolaires albertains préfèrent éviter le dossier. Au début des années quatre-vingt, le conseil scolaire d'Edmonton a étudié et débattu la question en profondeur avant de conclure que les programmes religieux entraîneraient une fragmentation néfaste du système³⁵. Ainsi, malgré les

recommandations du Comité sur la tolérance et leur adoption par le gouvernement Lougheed, les conseils scolaires sont longtemps demeurés réfractaires aux programmes religieux.

Il faut donc chercher ailleurs l'explication de la diversification du système d'Edmonton car à eux seuls, les arguments en faveur de l'inclusion n'ont pas réussi à fléchir le conseil scolaire, ni à faire élire des conseillers qui se seraient chargés de donner le feu vert à ces programmes. Ce qui a permis à Edmonton de se doter d'un système scolaire pluraliste, c'est une idéologie politique qui n'a, finalement, rien à voir avec les arguments avancés par les défenseurs de l'éducation religieuse. Il s'agit plutôt de l'idéologie du « choix » chère aux conservateurs de tendance néo-libérale.

En effet, comme le souligne Alison Taylor, une des caractéristiques d'un gouvernement néolibéral est de prétendre demeurer en retrait, tout en demeurant très actif pour créer des conditions propices à un système de marché dans des sphères qui n'étaient pas précédemment soumises à une telle logique³⁶. C'est précisément dans ce sens que la réforme du système scolaire albertain s'est développée sous le gouvernement de Ralph Klein.

Sous la direction du ministre Halvar Jonson, le gouvernement a imposé au système scolaire des mécanismes de compétition qui devaient, à eux seuls, améliorer l'efficacité et le rendement du système public : on a permis les écoles dites « à charte »³⁷, augmenté la part de fonds publics octroyée aux écoles privées, et modifié la formule de financement des conseils publics de façon à ce que leurs revenus dépendent directement du nombre d'élèves qu'ils réussissent à attirer. De plus, on établit des procédés normatifs pour la mesure et le contrôle du rendement et de l'efficacité des écoles³⁸.

Les conseils scolaires qui se sont adaptés le plus rapidement à ce système de « marché » scolaire ont connu le plus grand succès, et c'est celui d'Edmonton qui a démontré le plus d'enthousiasme à cet égard. En effet, dès 1995, le nouveau surintendant Emery Dodsall a adopté le modèle mercantile et s'est donné comme objectif premier de récupérer les effectifs qui

avaient quitté le système public. Pour encourager la compétition, on permet aux enfants de fréquenter n'importe quelle école de la ville. Résultat : les écoles multiplient les programmes alternatifs dans l'espoir d'attirer plus d'élèves en visant des créneaux précis du marché scolaire³⁹. L'école a de ce fait perdu la fonction qu'on lui reconnaissait jadis comme institution-pilier de la communauté locale, alors que la majorité des élèves choisissent une école à l'extérieur de leur quartier⁴⁰. Le successeur de Dodsall, Angus MacBeath, poursuit dans le même sens. Selon sa vision, chaque école est une « entreprise » qui concourt pour attirer les meilleurs « clients » :

« Every spring in Edmonton, dit-il, the children and their parents go shopping for a school and schools compete and demonstrate what they're willing to do for their prospective students »⁴¹.

Si l'objectif du conseil scolaire d'Edmonton était, comme l'a confirmé M. MacBeath, de faire disparaître les écoles privées pour en récupérer les effectifs, il n'est pas surprenant qu'on ait accueilli sans réserve les écoles et les programmes religieux qui ont voulu s'y ajouter. En effet, en Alberta, plus de 70 pourcent des élèves qui fréquentent l'école privée le font pour des raisons de religion : « Of the roughly 200 private schools in Alberta, écrit Jerome Kachur, approximately three-quarters are affiliated with or operated by a religious denomination »⁴². Ainsi, plusieurs programmes religieux privés ont été absorbés par le système public, dans le but unique de récupérer les inscriptions et les fonds correspondants⁴³. On a ainsi fait de la religion un choix « alternatif » parmi tant d'autres, au même titre qu'un sport, une discipline artistique ou une langue d'immersion.

Conclusion

L'accommodement pacifique de la diversité religieuse est un des plus grands défis des sociétés libérales. Étant donné le rôle primordial que l'on accorde à l'école pour le maintien de la cohésion sociale, il importe que cette institution sache refléter la manière dont la société souhaite vivre la diversité. Au Canada, hormis l'accommodement des minorités visées par la

loi constitutionnelle de 1867, il n'y a pas de politique nationale à cet effet, puisque l'éducation en milieu religieux n'est ni garantie ni interdite par les lois fédérales, et parce que les provinces ont le contrôle exclusif de leur système scolaire.

La situation en Alberta témoigne bien de ce qui peut se produire lorsque le gouvernement provincial adopte un certain laissez-faire face à cette question, surtout lorsque l'idéologie dominante met les idées politiques et les valeurs sociales à la remorque des lois du marché. Si l'on compare les systèmes scolaires publics d'Edmonton et de Calgary, on trouvera que Calgary semble payer cher la décision de maintenir une école publique commune et laïque, car elle perd des effectifs aux dépens des écoles privées religieuses qui, ironiquement peut-être, sont fortement subventionnées par l'État⁴⁴. En effet, Calgary compte plus de cinquante écoles indépendantes, la majorité offrant des programmes religieux. À Edmonton par contre, où le système public comporte quatre programmes chrétiens offerts dans une vingtaine d'écoles, l'éducation privée a pour ainsi dire disparu⁴⁵.

Pourtant, la marchandisation de la religion comme un « choix » éducatif parmi tant d'autres fait l'économie de l'aspect compréhensif du paradigme religieux, particulièrement au sein des familles qui insistent sur ces programmes et que, contrairement aux choix de programmes académiques, sportifs ou artistiques, le choix d'un programme religieux peut refléter, transmettre ou promouvoir une façon de vivre qui n'est pas nécessairement compatible avec les valeurs fondatrices de la société libérale. Sans vouloir se prononcer pour ou contre les programmes religieux, il faut remarquer que, contrairement à Calgary où la question est débattue et contestée depuis vingt ans, les programmes religieux se sont greffés au système d'Edmonton à la remorque d'une réforme administrative où l'on s'est peu soucié de débattre de questions fondamentales. Si le modèle mercantile jouit présentement de la faveur populaire, il serait dommage qu'il en résulte un appauvrissement du débat touchant les objectifs fondamentaux de l'école publique, son rôle social et les valeurs qu'elle doit véhiculer.

- * Natalie Boisvert, Campus Saint-Jean, University of Alberta.
- 1 Peter L. Berger, « The Desecularization of the World: A Global Overview » dans *The Desecularization of the World: Resurgent Religion and World Politics* (Washington, D.C.: Ethics and Public Policy Center, 1999) aux pp. 2-3; Robert Orsi, « The Disciplinary Vocabulary of Modernity » (automne 2004) 59:4 *International Journal* 879.
- 2 Reginald Bibby, *Restless Gods: The Renaissance of Religion in Canada* (Toronto, Stoddard Publishers, 2002); Charles Taylor, *La diversité de l'expérience religieuse aujourd'hui*, trad. par J.A. Billard (s.l., Bellarmin, 2003).
- 3 Eamonn Callan, « Common Schools for Common Education » (1995) 20:3 *Canadian Journal of Education* 251 aux pp. 254-55.
- 4 Mark Holmes, « Common Schools for a Secularist Society » (1995) 20:3 *Canadian Journal of Education* 284 aux pp. 284-95.
- 5 Il faut aujourd'hui compter avec la forte immigration en provenance d'Asie et la diversité culturelle et religieuse qui en résulte. En 2003, par exemple, 87 pourcent des nouveaux arrivants en Alberta étaient originaires d'Asie. Alberta, Ministry of Education, *An Overview of Immigration to Alberta, 2003* (Edmonton: Alberta Learning, 2003) à la p. 2.
- 6 (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, art. 93, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n 5.
- 7 *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituent l'annexe B de la loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, c.11 [Charte].
- 8 *Renvoi relatif au projet de Loi 30*, [1987] 1 S.C.R. 1148. Aujourd'hui, les droits scolaires des minorités « historiques » sont encore en vigueur dans trois provinces, soient l'Alberta, la Saskatchewan et l'Ontario.
- 9 Paula Dunning, *L'éducation au Canada: Vue d'ensemble* (Toronto, Association canadienne d'éducation, 1997), aux pp. 1-2. La Suisse, où l'éducation est de compétence cantonale, possède également un système très décentralisé. Cependant, il y existe des accords intercantonaux et certaines compétences fédérales qu'on ne trouve pas au Canada (Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique, *Les structures du système d'enseignement et de formation initiale en Suisse*, Berne, 1999, c. 1).
- 10 La nouvelle a reçu d'abondants commentaires dans la presse québécoise. En guise de référence, on trouvera un résumé de l'affaire dans la chroni-

- que de Clairandree Cauchy (Clairandree Cauchy, «Écoles Juives : Charest ce défend » Le Devoir [de Montréal] (19 janvier 2005) A1.
- 11 R.R.O. 1990, Règl. 298, art. 28, 29.
- 12 R.S.A. 2000, c. S-3 (IIJCan).
- 13 *Ibid.*
- 14 Il n'est toutefois pas certain que ces dispositions soient conformes aux lois constitutionnelles canadiennes, l'Alberta étant une des rares provinces où les dispositions des lois scolaires relatives à la religion n'ont jamais été contestées devant les tribunaux.
- 15 Amy Gutman, « Undemocratic Education » dans Nancy Rosenblum, dir., *Liberalism and the Moral Life*, (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1989) 71.
- 16 « Two Concepts of Liberty » *Liberty*, édition préparé par Henry Hardy, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- 17 Le philosophe John Rawls est sans doute le penseur le mieux connu pour ce point de vue. Certains, tels Will Kymlicka, affirment que le libéralisme « politique » maintient une conception trop faible de l'autonomie, parce que les individus peuvent difficilement se prévaloir de la liberté de conscience qu'ils ont de jure s'ils ne bénéficient pas de conditions *de facto* favorables, telles les ressources humaines et financières pour survivre à l'extérieur de leur communauté. Cf. John Rawls, *Political Liberalism* (New York, Columbia University Press, 1993) aux pp. 199-200; *Justice as Fairness* (Cambridge, Harvard University Press, 2001) aux pp. 156-158; Will Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy*, (2e éd., New York, Oxford University Press, 2002) aux pp. 230-32.
- 18 Calgary Board of Education, Règlements administratifs, art. 3067, 2004.
- 19 Il s'agit d'un programme éducatif qui suit le curriculum provincial à l'intérieur d'un environnement chrétien non confessionnel. C'est, si on veut, l'équivalent protestant des écoles catholiques.
- 20 En Alberta, les élections municipales ont lieu aux trois ans, à date fixe et à l'échelle de la province. Ainsi, à la date choisie, on élit tous les maires, échevins et conseillers scolaires de la province.
- 21 Par exemple: le conseil avait fermé une école communautaire de 170 élèves sous prétexte qu'elle servait trop peu d'enfants, alors qu'en même temps, on a permis à une autre école menacée de fermeture pour la même raison de demeurer ouverte à condition d'adopter le programme Logos. On avait noté avec inquiétude que le nouveau programme n'accueillait que 144 élèves, dont seulement six provenaient du quartier. La presque totalité des élèves devait voyager par autobus, aux frais des contribuables, de non moins de trente quartiers différents. Cf. Carol Howes, « Trustees' campaign study of opposites » *Calgary Herald* (4 octobre 1983) A5.
- 22 Laura Rance, « Lawyer finds self drawn into issues » *Calgary Herald* (1er octobre 1983) A5.
- 23 Peter Hopher, « Alternatives are needed » *Calgary Herald* (1er octobre 1983) A4.
- 24 Joan Bryden, « Incumbents get rough ride » *Calgary Herald* (18 octobre 1983) A1.
- 25 Joe Woodard, « Faith-based education: Battle lines form again » *Calgary Herald* (24 juin 2001) A11.
- 26 Colette Derworitz, « Calgary group promoting religious schools » *Edmonton Journal* (8 septembre 2001) A6.
- 27 Calgary Board of Education, procès-verbal des 14 et 18 décembre 2001. Notons ici que, depuis 1983, toutes les élections scolaires de Calgary ont formé un conseil majoritairement contre les écoles publiques religieuses.
- 28 Alberta School Boards Association - Zone 5, procès-verbal de la réunion du 23 mai 2003.
- 29 Calgary Board of Education, 30 mars 2004.
- 30 En 1983, on découvre avec stupéfaction qu'un professeur albertain, James Keegstra, enseignait à ses élèves du secondaire sa propre version de l'histoire, c'est-à-dire une vision négationniste et profondément antisémite, fait d'autant plus troublant que cela durait depuis une dizaine d'années sans que les autorités scolaires aient semblé au courant. La nouvelle rejoint la presse internationale et c'est sur l'ensemble de la province que la honte retombe. Le mandat du comité était de faire l'examen approfondi du système scolaire afin de cerner les problèmes qui avaient mené à l'affaire et d'en suggérer les remèdes. Les débuts de « l'affaire Keegstra » sont étudiés en détail par David Bercuson et Douglas Wertheimer, *A Trust Betrayed : the Keegstra Affair* (Toronto, Doubleday, 1985).
- 31 Alberta, Department of Education, Minister's Committee on Tolerance and Understanding, *Committee on Tolerance and Understanding : Final Report* (Calgary, 1984) à la p. 19 (président du comité: Ron Ghitter).
- 32 *Ibid.* p. 91. L'humanisme séculier est le nom que donnent les Chrétiens à ce qu'ils appellent la religion « laïque » qui selon eux domine injustement le système public.
- 33 *Ibid.* aux pp. 91-93.
- 34 *Ibid.* p. 95.
- 35 Edmonton Public School Board, Rapport

- D(4)(a)(1), 22 avril 1982, ainsi que le procès-verbal de la réunion du 27 avril 1982. Dans l'intérêt de ceux qui s'intéressent particulièrement aux questions légales ou constitutionnelles, le rapport inclut trois opinions juridiques demandées par le conseil scolaire. L'auteure tient à remercier Mme Manon Fraser, Edmonton Public School Board, pour avoir mis ces documents à sa disposition.
- 36 Alison Taylor, Lynette Shultz, and Diane Wishart Leard, « A New Regime of Accountability for Alberta's Public Schools » dans Trevor W. Harrison, dir., *The Return of the Trojan Horse : Alberta and the New World (Dis)Order* (Montréal, Black Rose Books, 2005) 237.
- 37 En Alberta, une école à charte est entièrement financée par l'État mais elle est indépendante de tout conseil scolaire, administrée par un comité de parents, et elle répond directement au ministère de l'éducation.
- 38 La réforme du système scolaire albertain sous le gouvernement Klein est revue en détails par Alison Taylor, *The Politics of Educational Reform in Alberta* (Toronto, University of Toronto Press, 2001).
- 39 La politique pour la promotion des programmes alternatifs, incluant les programmes religieux, a été ratifiée en mars 1997. Edmonton Public School Board, Politique HABP, Procès-verbal du 3 mars 1997.
- 40 Aujourd'hui, plus de la moitié des élèves edmontoniens ne fréquentent pas l'école de leur quartier. En 2004, 48 pourcent des élèves de l'élémentaire et environ 60 pourcent des élèves du secondaire étudiaient à l'extérieur de leur quartier (Edmonton Public School Board, « Ten-Year Facilities Plan 2007-2016 », 2006).
- 41 Angus MacBeath, « Choice, Accountability and Performance in the Public Schools: How Edmonton Does it and Why it Works », Conférence donnée sous l'égide du Atlantic Institute for Market Studies, The Halifax Club, 11 juillet 2003, p. 14, Transcription disponible en-ligne : < http://www.aims.ca/library/ep_accountability-inpublicschools_macbeath.pdf >.
- 42 Jerrold L. Kachur, « Privatizing Public Choice : the Rise of the Charter Schooling in Alberta » dans Trevor W. Harrison and Jerrold L. Kachur, dir., *Contested Classrooms. Education, Globalization, and Democracy in Alberta*, (Edmonton, The University of Alberta Press, 1999) à la p. 110.
- 43 *Supra* note 40 aux pp. 24-25.
- 44 En Alberta, les écoles privées reçoivent 60 pourcent du montant *per capita* octroyé aux écoles publiques. Depuis l'élection de 1983, les effectifs du système public de Calgary sont à la baisse,

malgré l'accroissement de la population locale, et ce au profit des écoles indépendantes et des écoles catholiques. Entre les recensements de 1996 et 2001, alors que le nombre total d'élèves augmentait de 6.3 pourcent, les effectifs des écoles publiques de Calgary n'ont augmenté que de 1.4 pourcent. On se tourne plutôt vers les écoles catholiques, où les inscriptions sont à la hausse de 13.2 pourcent, et indépendantes, ces dernières ayant enregistré une hausse de non moins de 40 pourcent. Fait révélateur, alors que les catholiques comptent pour environ 25 pourcent de la population, près de 40 pourcent des élèves calgariens fréquentent les écoles catholiques. Il semblerait que l'école catholique, financée à 100 pourcent par l'État, et donc gratuite, soit préférable pour nombre de familles protestantes au système public laïc.

- 45 *Supra* note 40 à la p. 25.