

## “A CONSTITUTION SIMILAR IN PRINCIPLE TO THAT OF THE UNITED KINGDOM”: THE PREAMBLE, CONSTITUTIONAL PRINCIPLES, AND A SUSTAINABLE JURISPRUDENCE

*Peter C. Oliver\**

In recent years, unwritten constitutional principles often find their place in Canadian constitutional law via their supposed foothold in the part of the preamble to the *Constitution Act, 1867* that refers to “a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom”. Principles such as judicial independence, democracy, federalism, constitutionalism and the rule of law, and protection of minorities have been derived from the preamble. This article looks through over a hundred years of Supreme Court of Canada case law in order to determine what that preambular phrase has meant over time. It turns out that in the years immediately after 1867, it referred to what we now call political constitutionalism. A hundred or so years later, this same passage came to be associated with legal constitutionalism, though the Court has more recently backed away from the fullest implications of that approach. This article proposes a reading of the preamble and constitutional principles that is consistent with recent Supreme Court of Canada case law and defensible given current jurisprudential trends. That reading gives due regard to the traditional meaning of the rule of law all the while acknowledging that there are genuinely hard cases (particularly prevalent at the Supreme Court level) where neither rules nor principles provide clear answers. In those circumstances, respect for the rule of law requires as much wisdom and judgement as it does application of more prosaic legal skills. This article therefore recommends what is here referred to as a “sustainable jurisprudence” that offers an essential bridge between by now orthodox Dworkinian principle-based reasoning and contextual studies more commonly found in socio-legal, feminist, and other critical literature.

Au cours des dernières années, les principes constitutionnels non écrits ont souvent trouvé leur place dans le droit constitutionnel canadien à travers leur prétendu ancrage dans la partie du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* référant à « une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ». Des principes comme l'indépendance judiciaire, la démocratie, le fédéralisme, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que la protection des minorités découlent du préambule. Cet article déchiffre une centaine d'années de jurisprudence de la Cour suprême du Canada afin de déterminer le sens attribué à cette phrase préambulaire au fil du temps. Il s'avère que, dans les années suivant tout juste 1867, elle référerait à ce que nous appelons maintenant le constitutionnalisme politique. Une centaine d'années plus tard, ce même passage est associé avec le constitutionnalisme légal, bien que la Cour ait récemment pris du recul par rapport aux pleines implications de cette approche. Cet article propose une lecture du préambule et des principes constitutionnels qui est compatible avec la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada et défendable au vu des tendances jurisprudentielles actuelles. Cette lecture accorde une considération appropriée au sens traditionnel de la primauté du droit, tout en reconnaissant que certains cas sont réellement complexes (ce qui est particulièrement fréquent au niveau de la Cour suprême), lorsque ni les règles ni les principes ne fournissent de réponse claire. Dans ces circonstances, le respect de la primauté du droit requiert tant la sagesse et le jugement que l'application d'habiletés juridiques plus prosaïques. Cet article recommande donc ce que l'on appelle ici une « jurisprudence durable », qui crée un pont essentiel entre un raisonnement dworkinien basé sur des principes et les études contextuelles plus souvent trouvées dans la littérature sociojuridique, féministe et dans d'autres genres de littérature critique.

---

\* Full Professor and Vice Dean Research, Common Law Section, Faculty of Law, University of Ottawa. This article originated in research undertaken during a year when I was Scholar in Residence in (what was then known as) the Constitutional and Administrative Law Section, Public Law Sector, Justice Canada. I would like to thank my then-colleagues for comments on an early version of the research. A more recent, considerably revised version was presented at a workshop on unwritten constitutional norms and principles, organized by Vanessa MacDonnell and Se-shauna Wheatle in March 2019, and then at a panel at the ICON-S conference in Santiago, Chile. I am grateful to the organizers of and participants in the workshop and panel for their immensely valuable comments and suggestions. Comments and suggestions by two anonymous reviewers were also gratefully received. The work of the editors of this journal was immensely helpful. Finally, I would like to thank Don Ferguson, Jordan Birenbaum and, most recently and most significantly, Sarah Gagnon for excellent research assistance.